

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

MARCEL WALINE

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris
Membre de l'Institut

TOME CXXIV

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX

par

PIERRE PY

Docteur en Droit

*Lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques
de Montpellier*

*Chargé de cours à la Faculté de Droit et des
Sciences économiques de Montpellier*

1974

Préface de

GEORGES PÉQUIGNOT

*Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des
Sciences économiques de Montpellier*

*Ouvrage honoré d'une subvention du
Ministère de l'Éducation Nationale et
couronné par la Faculté de droit et des
sciences économiques de Montpellier.*

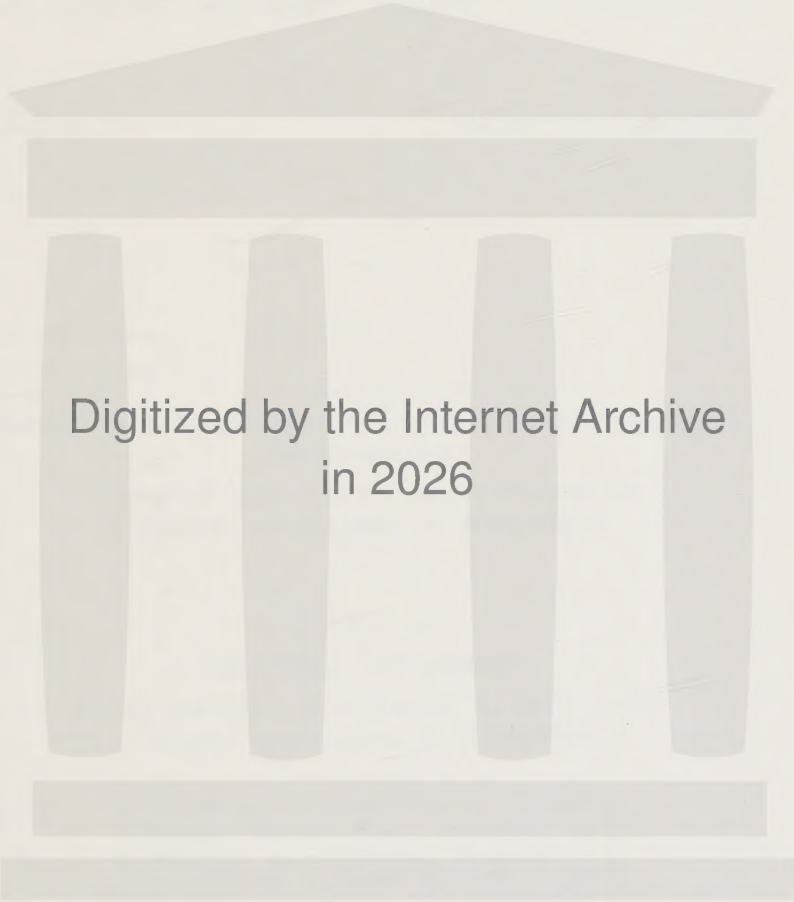
P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, rue Soufflot - 75005

—
1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548325_0005

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

MARCEL WALINE

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris

Membre de l'Institut

TOME CXXIV

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX

par

PIERRE PY

Docteur en Droit

*Lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques
de Montpellier*

*Chargé de cours à la Faculté de Droit et des
Sciences économiques de Montpellier*

Préface de

GEORGES PÉQUIGNOT

*Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des
Sciences économiques de Montpellier*

<i>Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de l'Éducation Nationale et couronné par la Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier.</i>
--

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, rue Soufflot - 75005

—
1 9 7 6



OUVRAGES PARUS DANS LA MEME COLLECTION

- TOME 1. — ROBERT (J.) : *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (le problème des responsabilités)*. Epuisé.
- TOME 2. — DURAND (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*. Epuisé.
- TOME 3. — ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*. Epuisé.
- TOME 4. — DUCOS-ADER (R.) : *Le droit de réquisition (théorie générale et régime juridique)*. Epuisé.
- TOME 5. — LEVY (D.) : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*. Epuisé.
- TOME 6. — FOURNIER (Ch.) : *La liberté d'opinion du fonctionnaire (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, U.R.S.S., Allemagne, Suisse, Belgique, etc.)*. Epuisé.
- TOME 7. — MOREAU (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*. Epuisé.
- TOME 8. — CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée. (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire)*. Epuisé.
- TOME 9. — GROSHENS (J.-C.) : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants*. Epuisé.
- TOME 10. — TOURDIAS (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives*, 1957.
- TOME 11. — BOURDONCLE (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en droit positif français*. Epuisé.
- TOME 12. — KOECHLIN (H.-E.) : *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873 (Etude de jurisprudence)*.
- TOME 13. — JACQUEMART (D.) : *Le Conseil d'Etat Juge de Cassation*. Epuisé.
- TOME 14. — DUBISSON (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*. 1958.
- TOME 15. — BORELLA (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1946*. Epuisé.
- TOME 16. — DREVET (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946*.
- TOME 17. — VENEZIA (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire*. Epuisé.
- TOME 18. — CONNOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français*. Epuisé.
- TOME 19. — SPILIOPOULOS (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*. Epuisé.
- TOME 20. — GARREAU (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne*. Epuisé.
- TOME 21. — KORNPROBST (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*.
- TOME 22. — BARDONNET (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond*.
- TOME 23. — LESCUYER (G.) : *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*.
- TOME 24. — PEUREUX (G.) : *Le Haut Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté*. Epuisé.
- TOME 25. — LAMARQUE (J.) : *Recherches sur l'application du droit privé aux Services publics administratifs*. Epuisé.
- TOME 26. — GOUR (C.-G.) : *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*.

- TOME 27. — RUZIE (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français.*
- TOME 28. — LESAGE (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice.*
- TOME 29. — DEMICHEL (A.) : *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés.* 2 volumes. Epuisé.
- TOME 30. — WOLFF (G.) : *La trésorerie britannique.* Epuisé.
- TOME 31. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.* Epuisé.
- TOME 32. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.* Epuisé.
- TOME 33. — FROMONT (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand.*
- TOME 34. — DI MALTA (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique.*
- TOME 35. — LEFEBURE (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français.*
- TOME 36. — AZAR (A.-A.) : *Genèse de la Constitution du 4 octobre 1958.*
- TOME 37. — PHILIP (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises.*
- TOME 38. — DEBBASCH (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile.* Epuisé.
- TOME 39. — DESFORGES (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.*
- TOME 40. — NIZARD (L.) : *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative.*
- TOME 41. — OLLE-LAPRUNE (J.) : *La stabilité des ministres sous la III^{me} République.*
- TOME 42. — BERNARD (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif.* Epuisé.
- TOME 43. — DOUS-RASY : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.* Epuisé.
- TOME 44. — GILLI (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice.*
- TOME 45. — DUBOIS (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative.* Epuisé.
- TOME 46. — COTTERET (J.-M.) : *Pouvoir législatif en France.* Epuisé.
- TOME 47. — MAZERES (J.-A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique.*
- TOME 48. — ARNE (S.) : *Le Président du Conseil des Ministres sous la IV^{me} République.*
- TOME 49. — LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954.*
- TOME 50. — MAESTRE (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics français.*
- TOME 51. — CHARNAY (J.-P.) : *Le contrôle de la régularité des élections.*
- TOME 52. — DAUMARD (J.) : *Les marchés industriels des départements de l'Etat.*
- TOME 53. — DANAN (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de 1940 à 1944.* Epuisé.
- TOME 54. — TIMSIT (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction des officiers des forces armées.*
- TOME 55. — SENECHAL (M.) : *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées.*
- TOME 56. — SANDEVOIR (P.) : *Etudes sur le recours de pleine juridiction.*
- TOME 57. — CASTAGNE (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative.* Epuisé.
- TOME 58. — BRETTON (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée.*
- TOME 59. — LINO DI QUAL (G.) : *La compétence liée.*
- TOME 60. — RENARD-PAYEN (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux.*
- TOME 61. — FAVOREU (L.) : *Du déni de justice en droit public français.*
- TOME 62. — MONTAGNIER (G.) : *Le Trésorier-Payeur général.*
- TOME 63. — MARTIN-PANNETIER (Andrée) : *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais.*
- TOME 64. — BAROUD (Antoine) : *La situation juridique des journalistes au Liban.*

- TOME 65. — LACHAUME (Jean-François) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*. Épuisé.
- TOME 66. — EMERI (Claude) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs*.
- TOME 67. — CATHALA (Thierry) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*.
- TOME 68. — BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*. Épuisé.
- TOME 69. — SABOURIN (Paul) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*.
- TOME 70. — VINCENT (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*.
- TOME 71. — SFEZ (Lucien) : *Essai sur la contribution du doyen Hauriou en droit administratif français*.
- TOME 72. — KLEIN (Claude) : *La police du domaine public*.
- TOME 73. — RAINAUD (Jean-Marie) : *La distinction de l'acte réglementaire et l'acte individuel*.
- TOME 74. — CHAUDET (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*.
- TOME 75. — MOURGEON (Jacques) : *La répression administrative*.
- TOME 76. — BRAUD (Philippe) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français*.
- TOME 77. — BASSO (Jacques) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de 1860 à 1939*.
- TOME 78. — LANG (Jack) : *L'Etat et le théâtre*.
- TOME 79. — ISAAC (Guy) : *La procédure administrative non contentieuse*.
- TOME 80. — CHARLES (Hubert) : *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français*.
- TOME 81. — DOUENCE (Jean-Claude) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*.
- TOME 82. — WEBER (Yves) : *L'Administration consultative*.
- TOME 83. — LANDON (Pierre) : *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*.
- TOME 84. — RONGERE (Pierrette) : *Le procédé de l'Acte-type*.
- TOME 85. — DEPEREE (Francis) : *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*.
- TOME 86. — MESNARD (A.-H.) : *L'action culturelle des pouvoirs publics*.
- TOME 87. — SALON (Serge) : *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*.
- TOME 88. — DELVOLVE (Pierre) : *Le principe d'égalité devant les charges publiques*.
- TOME 89. — AMAURY (Philippe) : *Les deux premières expériences d'un « Ministère de l'Information » en France*.
- TOME 90. — GROSDIDIER de MATONS (J.) : *Le régime administratif financier des ports maritimes*.
- TOME 91. — BECET (Jean-Marie) : *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers*.
- TOME 92. — DENOYER (Jean-François) : *L'exploitation du domaine public*.
- TOME 93. — SCHWARTZENBERG (Roger-Gérard) : *L'autorité de chose décidée*.
- TOME 94. — TAGAND (Roger) : *Le régime juridique de la société d'économie mixte*.
- TOME 95. — VALTER (Gérard) : *Le régime de l'organisation professionnelle de la cinématographie*.
- TOME 96. — LALIGANT (Marcel) : *L'intervention de l'Etat dans le Secteur agricole*.
- TOME 97. — CHEVALLIER (Jacques) : *L'élaboration historique au principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*.
- TOME 98. — WIENER (Céline) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*.
- TOME 99. — GARRIGOU-LAGRANGE (Jean-Marie) : *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*.
- TOME 100. — ETZION (David) : *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Israël*.

- TOME 101. — COLSON (Jean-Philippe) : *L'Office du Juge et la preuve dans le contentieux administratif.*
- TOME 102. — NEGRIN (Jean-Paul) : *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.*
- TOME 103. — MADIOT (Yves) : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte-mixte en droit public français.*
- TOME 104. — ESCARRAS (Jean-Claude) : *L'unité de juridiction en droit comparé (expériences belge et italienne).*
- TOME 105. — HEYMANN (Arlette) : *Les Libertés publiques et la guerre d'Algérie.*
- TOME 106. — PIEROT (Robert) : *Le statut de l'Instituteur public.*
- TOME 107. — LODSCHAK (Danièle) : *Le rôle politique du juge administratif français.*
- TOME 108. —
- TOME 109. — BERN (Philippe) : *La nature juridique du contentieux de l'imposition.*
- TOME 110. — JACQUOT (Henri) : *Le statut juridique des plans français. « Ministère de l'Information » en France.*
- TOME 111. — BAYLE (Gabriel) : *L'enrichissement sans cause en droit administratif.*
- TOME 112. — BRECHON-MOULENES (Christine) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique.*
- TOME 113. — BLUMANN (Claude) : *La renonciation en droit administratif français.*
- TOME 114. — FRANCK (Claude) : *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel.*
- TOME 115. — DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean) : *L'usager du service public administratif.*
- TOME 116. — MESTRE (Achille) : *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration.*
- TOME 117. — LIVET (P.) : *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques.*
- TOME 118. — LAVIALLE (Ch.) : *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français.*
- TOME 119. — HOSTIOU (R.) : *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français.*
- TOME 120. — GIROD (P.) : *La réparation du dommage écologique.*
- TOME 121. — MESTRE (J.-L.) : *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des Communautés de Provence.*
- TOME 122. — DELCROS (B.) : *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat.*
- TOME 123. — THERON (J.-P.) : *Recherches sur la notion d'établissements publics.*

ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
A.J.P.I.	Actualité juridique — propriété immobilière
C.E.	Conseil d'Etat
D.	Recueil Dalloz
D.S.	Recueil Dalloz - Sirey
D. soc.	Revue du droit social
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat
J.C.P.	Jurisclasseur périodique
R.A.	Revue administrative
R.D.P.	Revue du droit public
R.G.A.	Revue générale de l'administration
R.P.D.A.	Revue pratique du droit administratif
S.	Recueil Sirey
T.C.	Tribunal des conflits

(Lorsqu'un arrêt est suivi uniquement de la référence à une pagination, il s'agit de celle du recueil Lebon).

PRÉFACE

Le titre de la thèse de M. Pierre Py donne à espérer une étude de droit administratif conduite d'un point de vue sinon tout à fait original, du moins assez peu fréquent ; l'acte administratif serait observé, non pas de façon indirecte du point de vue du contentieux, mais en lui-même, à partir de ce qui constitue l'essence ou la substance de tout acte juridique : la manifestation de la volonté. Peut-être parviendrait-on ainsi à apporter quelques éclairages nouveaux dans des domaines tellement familiers qu'ils ne sollicitent plus guère la curiosité et, pourquoi pas, à découvrir des aspects peu communs ou mal expliqués !

Un doute surgit, cependant, dès les premières pages de l'introduction : les expressions légalité et opportunité, pouvoir discrétionnaire et compétence liée, administration active et contrôle juridictionnel reviennent avec la même persistante monotonie que dans les innombrables ouvrages consacrés au recours pour excès de pouvoir et au contentieux administratif.

Et, cependant, rapidement le problème est posé.

Quels que soient le nombre et la qualité des études, si poussées et si approfondies que soient les analyses, des questions demeurent posées devant l'affirmation traditionnelle aux termes de laquelle le recours pour excès de pouvoir n'a et ne peut avoir d'autre objet que le contrôle de la légalité des actes administratifs. Depuis l'époque déjà lointaine de l'arrêt Trépont, aucune explication pleinement satisfaisante n'a été fournie à la sanction de l'erreur de fait, alors que des problèmes plus redoutables sont soulevés aujourd'hui par l'admission récente de la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation. Et, entre temps, des systèmes, dont le nombre même révèle qu'ils ne sont pas pleinement convaincants, ont été proposés pour justifier le pouvoir que se reconnaît le juge de l'annulation des actes administratifs de se prononcer sur le caractère déterminant d'un motif retenu par l'administration ou de procéder à la substitution d'un motif légal à un motif

illégal. Et on s'interroge encore sur les raisons capables de justifier les attitudes différentes adoptées à l'égard de certains de ces problèmes.

Dès lors, n'est-il pas légitime de tenter une autre voie : plutôt que de conserver l'attention braquée sur la règle de droit dont le juge assure la sanction, pourquoi ne pas faire porter cette attention sur l'acte dont le juge assure le contrôle, c'est-à-dire sur la manifestation de volonté qui constitue cet acte et qui émane d'une autorité administrative agissant dans un contexte légal et factuel donné.

L'objet à observer restant finalement le même, c'est déplacer l'angle de vision, aller de l'objectif au subjectif. Une telle démarche n'est pas sans exemple et elle a donné lieu à des œuvres remarquables et fécondes dont l'auteur sait tirer partie, de même qu'elle se justifie par ce fait que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir intègre de plus en plus l'observation d'éléments d'ordre subjectif. Elle mérite d'être poursuivie et amplifiée.

L'affirmation de l'autonomie du droit administratif et, dès lors, le souci des publicistes de se « démarquer » des privatistes, s'ils ont eu des effets positifs qu'on ne peut nier, ont aussi masqué la réalité de l'unité et de la permanence du droit : de droit privé ou administratif un acte est l'expression d'une volonté qui crée, modifie, réalise un certain aménagement juridique.

Si l'on prend conscience de cette réalité, on pourra tout autant affiner l'analyse des actes administratifs en s'inspirant d'analyses ayant fait leurs preuves dans le droit privé que préciser la spécificité du droit administratif lorsque la transposition de l'un à l'autre droit s'avèrera irréalisable.

Telle est, semble-t-il, la double démarche qui constitue le point de départ de la recherche.

Le droit privé magnifie le rôle de la volonté dans les actes juridiques par la place éminente qu'il accorde au principe de l'autonomie de la volonté. Mais à y regarder de plus près, même en droit privé, il est des actes à propos desquels la volonté de l'auteur peut n'avoir qu'un effet réduit.

On connaît la distinction couramment faite entre actes constitutifs ou translatifs dans lesquels la volonté autonome, s'affirmant dans toute son étendue, crée des droits et des obligations qui n'existaient pas avant que la volonté ne se soit exprimée, et actes déclaratifs dans lesquels la manifestation de volonté n'a pas d'autre effet que de permettre l'exécution de droits ou d'obligations, virtuellement existants, mais dont l'exécution était jusque-là paralysée ou inconditionnelle.

De même apparaît-il à l'auteur qu'il est des actes administratifs dont l'autorité administrative compétente est laissée libre de les accomplir ou non et de déterminer leur contenu, alors qu'il est d'autres actes que l'autorité administrative doit accomplir mais sans qu'aucune liberté ne lui soit laissée pour définir les droits et les obligations qu'ils produiront. Et d'affirmer alors une nouvelle classification des actes administratifs :

- les actes administratifs exercice d'un pouvoir de vouloir,
- les actes administratifs exécution d'une obligation de vouloir.

L'analyse qui aboutit à cette classification, puis la soumet à une certaine épreuve, constitue la première partie de l'ouvrage. C'est incontestablement cette partie qui suscitera le plus d'observations, peut-être de réserves ou de critiques de la part du lecteur.

J'aurais, quant à moi, préféré une méthode moins à priori et reposant davantage sur l'observation. Postulant l'unité de nature de l'acte juridique, l'auteur procède à une transposition dans l'acte administratif d'une analyse classique en droit privé. Qu'une telle transposition soit tentée, c'est légitime. Qu'elle soit en tout état de cause possible ce n'est pas certain en raison de la spécificité de l'un et de l'autre droit : rien n'impose la nécessité dans la classification des actes administratifs d'un correspondant à la distinction privatiste entre acte déclaratif et acte constitutif.

Etablir scientifiquement des catégories juridiques est avant tout une opération empirique ; le processus aurait alors consisté à observer un certain nombre d'actes administratifs, à les analyser en s'inspirant, au besoin, des analyses privatistes ou en les utilisant comme moyens de vérifications, en vue de faire apparaître le rôle exact de la volonté quant à l'effet juridique produit.

Cette méthode aurait eu au moins l'avantage de permettre une dissertation beaucoup plus concrète et beaucoup plus aisée à suivre. Il ne faut pas cacher au lecteur qu'il sera affronté tout au long de la première partie de la thèse à de redoutables abstractions, dont l'intérêt ne lui apparaîtra peut-être pas évident de prime abord. Nous souhaitons qu'il ait la patience de surmonter ces difficultés. Je pense qu'ayant fait cet effort, il recevra son juste prix.

Je reconnais aussi avoir été un moment irrité par une terminologie dont le caractère novateur ne me paraissait pas s'imposer, qui me semblait même quelque peu aberrante.

Si l'on ne trouvera sans doute rien à redire à l'expression acte administratif exercice d'un pouvoir de vouloir, peut-on raisonnablement affirmer l'existence d'une catégorie d'actes administratifs « exécution d'une obligation de vouloir » ? Les deux mots « obligation »

et « volonté » ne sont-ils pas contradictoires ? Si une règle de droit peut m'imposer de faire quelque chose, apporter certaines contraintes à mon comportement, peut-elle commander à ma volonté ? Admettre l'obligation n'est-ce pas nier la volonté ?

L'auteur s'explique sur ces points tout au long de sa thèse, difficilement, peut-être, mais d'une façon qui n'est pas dénuée de toute puissance de conviction au moins lorsqu'on entre dans son jeu. L'expression acte administratif exécution d'une obligation de vouloir, pour longue qu'elle soit, est en réalité une contraction hardie. Elle vise des actes dont l'auteur est obligé par la règle de droit à émettre une manifestation de volonté (c'est-à-dire à « faire »), lorsque certaines conditions sont réunies et se voit privé de la possibilité de déterminer librement le contenu de cette manifestation de volonté parce que les effets de l'acte résultent de la règle de droit en application duquel il est accompli et que, dès lors, l'auteur ne dispose d'aucune marge de liberté pour aménager ces effets de droit à sa propre convenance.

Et ne peut-on prétendre que « obligation de vouloir » est une expression fidèle des textes fréquemment rencontrés dans les arrêts : « L'administration était tenue de prendre la décision attaquée » ou « il était interdit à l'administration d'accomplir l'acte critiqué ».

Je me suis aussi interrogé sur l'utilité de la distinction imaginée par l'auteur : est-elle différente de la distinction classique entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée et y a-t-il quelque intérêt à substituer celle-là à celle-ci ?

L'auteur soutient, bien sûr, que la distinction qu'il imagine est autre chose. J'avoue n'avoir pas découvert concrètement des différences d'étendue entre le pouvoir discrétionnaire et l'acte exercice d'un pouvoir de vouloir d'une part et d'autre part la compétence liée et l'acte exécution d'une obligation de vouloir. Ai-je besoin de chercher une justification en constatant que, dans sa rédaction, l'auteur utilise souvent l'une ou l'autre expression comme s'il reconnaissait lui-même qu'elles sont synonymes.

Si je juge condamnable la tendance contemporaine à inventer des expressions que l'auteur et quelques initiés sont seuls à comprendre pour désigner sans utilité apparente, des objets que tous les autres connaissent bien sous d'autres noms, je crois, cependant, que la condamnation ne doit pas être portée sans discernement : un changement de nom peut être révélateur d'un changement d'optique et un même objet peut révéler des aspects différents suivant le point de vue d'où on l'observe, et il peut se faire que ces aspects différents soient irréductibles les uns aux autres et également importants.

Je crois que le parti-pris de l'auteur produit au moins cet heureux effet de situer sans contestation à sa vraie place « pouvoir discrétionnaire » ou « pouvoir de vouloir ». L'habitude que nous tenons de la pratique du principe de légalité nous conduit souvent à considérer l'administration essentiellement comme une simple exécutante d'obligations légales et réglementaires ; certains auteurs - à vrai dire généralement critiqués - on fait de la compétence liée le droit commun de l'action administrative. La réalité est certainement diamétralement opposée ; l'administration agit dans un contexte essentiellement mouvant qui doit commander à tout moment un comportement adapté. Le législateur n'a pu tout prévoir dans l'abstrait. Il a créé des compétences et des règles et, à l'intérieur de celles-ci, conféré aux autorités compétentes un pouvoir de vouloir qui n'est pas foncièrement différent de l'autonomie de la volonté. Ainsi l'auteur apportera-t-il des développements intéressants à l'idée pertinente émise par le professeur J. Rivéro : « Par un curieux retour des choses, c'est la théorie de l'acte administratif qui offre aujourd'hui un champ nouveau au principe de l'autonomie de la volonté ».

Reste à appliquer la théorie dans les faits et donc d'en vérifier concrètement l'exactitude. L'auteur y procède dans sa deuxième partie, constituée essentiellement d'études de jurisprudence, dont l'intérêt pratique est alors évident et la lecture aisée.

Il apparaît tout de suite que la distinction trouve une justification dans le contentieux, l'appréciation de validité des actes administratifs présentant de notables différences dans l'un et dans l'autre cas. Le juge aura fort peu à se soucier de la volonté de l'auteur de l'acte exécution d'une obligation de vouloir puisque le rôle de cette volonté dans l'acte est réduit.

Il aura, au contraire, à porter la plus grande attention au contenu et aux conditions d'exercice de la volonté de l'auteur dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir. Et ainsi s'explique des différences de jurisprudence dont on recherche les raisons.

Et très aisément, tout ce qui pouvait paraître comme trop subjectif pour relever naturellement du recours pour excès de pouvoir, se trouve réintégré dans le contrôle de légalité : pour qu'il soit valable, l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir, l'acte dans lequel s'exprime l'autonomie de la volonté conférée par la loi à l'autorité compétente, doit émaner d'un consentement non vicié, régulièrement formé et exprimé. Ainsi, en faisant porter son contrôle sur tout ce qui a trait à la manifestation de volonté, le juge de l'excès de pouvoir ne sort pas de son rôle de contrôleur de la légalité.

Dès lors, l'auteur va pouvoir reprendre à la lumière de son analyse toutes ces difficultés irrésolues ou mal résolues que nous évoquions au début. Le lecteur sera certainement intéressé par les développements consacrés à l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire, à l'erreur manifeste d'appréciation, à l'influence des motifs sur la volonté de l'auteur de l'acte.

Ainsi, au terme d'un laborieux cheminement, redécouvrons-nous un panorama familier. Mais, comme l'alpiniste qui parvient au sommet après avoir ouvert une voie nouvelle, la vision même est renouvelée par l'effort accompli et la difficulté surmontée. Acte gratuit, diront certains. Peut-être, mais non acte inutile.

G. PEQUIGNOT

Doyen honoraire de la Faculté de droit
et des sciences économiques de Montpellier.

« Par un curieux retour des choses, c'est la théorie de l'acte administratif qui offre aujourd'hui un champ nouveau au principe de l'autonomie de la volonté ».

RIVERO (J.) « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique » ; A.J.D.A., 1966, p. 155.

INTRODUCTION

L'acte juridique est généralement défini comme une manifestation de volonté visant à provoquer des effets de droit, manifestation nécessaire à la réalisation de ces effets. L'acte juridique est donc l'expression d'un pouvoir. Selon la majeure partie de la doctrine la spécificité du pouvoir mis en œuvre dans les actes administratifs **unilatéraux caractérisait ces actes (1). On qualifie de discrétionnaire** ce pouvoir, qui exprimerait la part attribuée à la volonté de l'autorité administrative compétente dans la modification de l'ordonnement juridique.

Cette idée est mise en lumière par M. Eisenmann : « Selon les idées classiques et encore dominantes, la donnée appelée pouvoir discrétionnaire serait de l'essence même de la condition de l'administration, un attribut essentiel de ses pouvoirs, de son action, de ses actes » et « cet attribut serait propre à l'administration, il n'existerait que pour elle-même, ce serait un trait original, donc spécifique » (2).

La spécificité de ce pouvoir entraînerait vis-à-vis des actes administratifs qui en seraient l'expression, une réserve spécifique de la part du juge administratif lorsqu'il aurait à exercer son contrôle sur ces actes, réserve que consacrerait le droit positif.

On admet généralement en effet que la réserve du juge administratif à l'égard des autorités administratives découle du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Selon M. Jacques Chevallier « ce principe, d'origine jurisprudentielle et de formulation doctrinale, présente un caractère ambi-

(1) Dans la suite de cet ouvrage l'expression « acte administratif » sera employée pour désigner l'acte administratif unilatéral. Toutes précisions nécessaires seront apportées lorsqu'il n'en sera pas ainsi.

(2) EISENMANN (Ch.), Cours 1958-1959, p. 214.

valent, et comporte deux aspects indissociables : d'une part l'indépendance de l'administration active, d'autre part l'indépendance de la juridiction administrative. L'action administrative doit s'exercer librement dans la sphère qui lui est impartie, et le juge doit avoir la pleine maîtrise de ses décisions. L'existence même du principe de séparation repose sur l'équilibre interne de ces deux composantes, car toute subordination d'un organe à l'autre détruirait son fondement » (3).

L'un des aspects essentiels de ce principe serait l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur.

Mais « d'après la théorie classique... le juge non seulement ne peut faire des actes administratifs, mais encore il lui est interdit de « se comporter en administrateur », ce qui est bien différent » (4).

De cette conception extensive découlerait en droit positif une double interdiction pour le juge administratif :

- le juge administratif devrait tout d'abord renoncer à toute forme d'injonction et de substitution à l'égard des autorités administratives ;
- le juge administratif devrait ensuite limiter son contrôle sur les actes administratifs, en évitant de refaire les appréciations d'opportunité incombant au seul administrateur.

Définitivement réalisée à la fin du XIX^{me} siècle, la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active conduisit le Conseil d'Etat à faire coïncider, progressivement, les limites de son contrôle avec celles de la légalité et dès les premières années du XX^{me} siècle, le Conseil d'Etat sortit d'une double réserve qui maintenait encore son contrôle en deçà de la légalité.

Alors qu'au XIX^{me} siècle le Conseil d'Etat, lorsqu'il était saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir, refusait généralement d'exercer un contrôle sur les actes administratifs, si ce contrôle supposait l'examen d'une question de fait, il n'hésite plus à le faire à l'aube du XX^{me} siècle, lorsque l'appréciation des faits est nécessaire pour la détermination de la légalité de l'acte.

La réserve du juge se manifestait également au XIX^{me} siècle par la théorie des actes discrétionnaires. Le Conseil d'Etat contrôlait uniquement le respect par ces actes de la légalité externe et se refusait à les annuler pour violation de la loi et des droits acquis ou

(3) CHEVALLIER (J.) : « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.*, 1972, I, p. 67.

(4) *Eod. loc.*, p. 67.

pour détournement de pouvoir. En admettant entre 1900 et 1902 le détournement de pouvoir contre les actes discrétionnaires (5), en supprimant en 1906 la nécessité d'une violation des droits acquis pour admettre la violation de la loi (6), le Conseil d'Etat consacre la disparition de la catégorie des actes discrétionnaires et par là même d'une réserve qui maintenait son contrôle en deçà de la légalité.

Mais si le caractère juridictionnel du Conseil d'Etat devait le conduire à porter son contrôle aux frontières de la légalité, ce même caractère juridictionnel interdisait au juge de porter son contrôle au-delà de ces frontières. Malgré la disparition de la théorie de l'acte discrétionnaire, l'indépendance de l'administration active subsistait. Ainsi l'opposition fondamentale entre la nécessité de contrôler la légalité de ces actes administratifs et la nécessité de réserver l'indépendance de l'administration active ne disparaît pas. Mais selon l'heureuse formule de M. Kornprobst : « Elle était descendue du niveau des catégories à celui des actes eux-mêmes » (7). A l'opposition acte discrétionnaire - acte administratif normal (8), se substitue au début du XX^{me} siècle l'opposition pouvoir discrétionnaire - compétence liée.

Hauriou marqua le premier le contenu de l'opposition nouvelle : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétionnaire parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé. Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité, ou même des questions de moralité administrative. Or, la légalité et la moralité administratives ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires. La formule « actes dont les motifs ne sauraient être

(5) C.E., 16 novembre 1900, Maugras, S., 1901, III, p. 57, conclusions Romieu, note Hauriou ; C.E., 1er février 1901, Nollet, p. 118 ; C.E., 31 janvier 1902, Grazietti, S. 1903, III, p. 113, note Hauriou.

(6) C.E., 1er juin 1906, Alcindor et autres, p. 516, S et P., 1908, 3, p. 133.

(7) KORNPROBST (B.) : « La compétence liée » R.D.P., 1961, p. 937.

(8) M. KORNPROBST définit l'acte administratif normal comme l'acte pouvant être éventuellement annulé pour tous les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

discutés par la voie contentieuse » cache donc la plus nuisible des équivoques. Si elle signifie que les motifs d'opportunité ne peuvent être discutés au contentieux, elle est vraie de tous les actes ; si elle signifie que les motifs qui contiendraient un manquement à la légalité ou à la morale administrative, c'est-à-dire l'excès de pouvoir caractérisé, ne peuvent être discutés au contentieux, elle n'est vraie pour aucun acte » (9).

Fait significatif, le brillant arrêtiiste, dont la pensée évoluait sans cesse parce qu'il ne cessait d'épouser les contours de la jurisprudence, ne revint jamais sur cette idée. Il la rappelle à l'occasion des affaires Dreifuss et Lévi : « Les temps où régnait la théorie de l'acte discrétionnaire, contre lequel le recours n'était pas recevable, sont passés. On s'est aperçu qu'il fallait distinguer acte discrétionnaire et pouvoir discrétionnaire, et aussi qu'il fallait limiter autant que possible les fins de non-recevoir. Du pouvoir discrétionnaire, il y en a dans tous les actes de l'administration, plus ou moins, et, si l'on devait déclarer le recours contentieux non recevable contre tous ceux où il y en a un peu, autant vaudrait supprimer le recours pour excès de pouvoir. Alors n'écartera-t-on le recours que des actes dans lesquels il y a beaucoup de pouvoir discrétionnaire ? C'est ce que l'on a essayé de faire, mais l'on s'est aperçu que c'était absurde, parce que si peu que l'administrateur fût lié dans l'accomplissement de l'acte, soit par la légalité, soit par la moralité administrative, il fallait bien que ce peu d'obligation fût sanctionné par un recours. Quant à supposer des actes où il n'y aurait absolument que du pouvoir discrétionnaire, sans aucune limitation de légalité ou de moralité, il n'y fallait pas songer. Force fut donc de renoncer à arrêter le recours devant l'acte discrétionnaire... Ainsi, à la fin de non-recevoir tiré de l'acte discrétionnaire a succédé l'appréciation formelle de la conduite du pouvoir discrétionnaire moyennant l'examen du recours au fond » (10).

Dégagée par Hauriou, la théorie du pouvoir discrétionnaire allait occuper une place essentielle dans le droit administratif français : « S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais, laissant de côté la partie purement descriptive d'institutions qui se rencontrent dans cette branche du droit comme dans les autres, qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et de sa limitation en vue

(9) HAURIOU (M.) : note sous C.E., 31 janvier 1902, Grazietti, J.A., II, p. 184-185.

(10) Note HAURIOU (M.) s. C.E., 7 juillet 1916, Dreifuss et Lévi, J.A., II, p. 13-14.

de la sauvegarde des droits des tiers (administrés ou agents publics) » (11). Analysé comme le résultat de l'indétermination de la réglementation juridique (12), le pouvoir discrétionnaire constitue la limite que le juge rencontre dans son contrôle.

En effet, pour la très grande généralité des auteurs, l'opposition pouvoir discrétionnaire - compétence liée correspond à l'opposition légalité - opportunité : « Avec le pouvoir discrétionnaire, l'administration est juge de l'opportunité de ses actes. Au contraire, quand cette liberté d'appréciation n'est plus laissée par la loi, quand celle-ci fixe la conduite à tenir, il y a compétence liée. On oppose ainsi l'opportunité des décisions à leur légalité, la compétence discrétionnaire à la compétence liée (13) (14). Cette opposition existe dans tout acte administratif (15). Même lorsque la loi a dicté à l'avance les décisions de l'administration, on ne peut pas dire que le pouvoir

(11) WALINE (M.) : « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », E.D.C.E., 1956, p. 25.

(12) MICHOD : « Il y a un pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité administrative agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit », in « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », R.G.A., 1914, t. III, p. 5.

LAUBADERE (A. de) : le pouvoir discrétionnaire est « la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à l'administration dans son activité », in « Traité élémentaire de droit administratif », t. I, L.C.D.J., Paris, 1970, p. 231.

(13) BONNARD (R.) : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1923, p. 364 ; cf. également : MICHOD : « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration » R.G.A., 1915, t. I, p. 222 ; JEZE (G.) : « Théorie générale des motifs déterminants des actes juridiques en droit public », R.D.P., 1922, p. 435 ; GIRAUD : « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », R.G.A., 1924, p. 505 ; REGLADE (M.) : « Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1925, p. 413 et suivantes ; ALIBERT (R.) : « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », Payot, Paris, 1926, p. 285 ; LODOVICI : « L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire », thèse, Lille, 1937, p. 117-118 ; VEDEL (G.) : cours 2ème année 1966-1967, Paris, Les cours de droit, p. 956 et 637.

(14) Remarquons que lorsque les auteurs ou le Conseil d'Etat parlent d'opportunité, ils visent l'opportunité laissée à l'appréciation de l'autorité administrative. L'opportunité étant une notion matérielle et pratique, alors que la légalité est une notion d'ordre juridique et formel, il n'y a donc pas opposition de principe entre les deux éléments : l'opportunité peut être légalement définie. Mais elle est alors implicitement conçue dans l'opposition légalité - opportunité comme s'intégrant à la légalité.

(15) WALINE (M.) : « Dans toutes ses décisions l'administration a une marge d'appréciation où elle est souveraine. Il n'y a pas d'actes complètement discrétionnaires mais dans tous les actes administratifs se retrouve l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu selon les cas », in, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P., 1930, p. 198.

Cf. également VEDEL, « Droit administratif », Thémis, 1968, p. 283 et cours 1966-1967, op. cit., p. 630-631.

discrétionnaire n'existe pas : il existe sur la question très limitée du choix de l'heure (16).

Ainsi, entre la liaison totale de la compétence et les cas où l'administrateur n'a qu'un pouvoir discrétionnaire limité, il n'y a qu'une différence de degrés et non de nature (17). L'étendue du contrôle du juge variera suivant les degrés de liaison de la compétence. Or, comme le degré de liaison de la compétence dépend de la plus ou moins grande détermination par la loi de l'action de l'administration les auteurs se sont finalement attachés, selon le vœu de Lodovici, à « déterminer les frontières de la légalité », puisque aussi bien « c'est là où la légalité finit que commence le pouvoir discrétionnaire » (18).

Ces frontières une fois déterminées, la tâche n'est point achevée. Il reste à vérifier si le juge administratif ne franchit pas dans son contrôle sur les actes administratifs les frontières de cette légalité, c'est-à-dire ne sanctionne pas, en dehors des limites prévues par la règle de droit, l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire. Or, la doctrine est divisée sur la réponse à apporter à ce problème.

§ 1. — *Le problème de la nature du contrôle exercé par le juge administratif sur les actes administratifs.*

Le problème de la nature du contrôle exercé par le juge sur les actes administratifs dépend dans une large mesure de la façon dont on le pose : « Si l'on admet au départ que le juge ne saurait agir que sur la base du droit, la notion de contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est un non sens : l'intervention du juge suffit à ôter à l'exercice d'un pouvoir son caractère discrétionnaire pour l'in-

(16) MICHOU, art. précité, R.G.A., 1914, p. 30.

(17) REGLADE (M.), art. précité, p. 418 ; LAUBADERE (A. de), traité précité, p. 234 ; WALINE (M.) : « Droit administratif », 9ème édition, S., Paris, 1963, p. 450 ; BENOIT (F.P.) : « Le droit administratif français », Dalloz, Paris, 1968, p. 482, qui résume l'opinion couramment admise : « Il apparaît en définitive que si elle a une valeur explicative appréciable, la distinction des compétences liées et des compétences discrétionnaires ne doit pas être considérée comme impliquant l'existence d'un fossé entre ces deux types de compétences. Dans la réalité il n'existe pas de différences de nature entre elles, mais seulement des différences de degrés dans la liberté d'action reconnue par la loi et la jurisprudence aux autorités administratives. On passe insensiblement par tous les degrés, des compétences discrétionnaires aux compétences liées ».

(18) LODOVICI, op. cit., p. 10.

tégrer au domaine de la légalité. Si l'on s'attache, au contraire, au caractère concret que revêt cette intervention, peut-être sera-t-on conduit à penser que, dans nombre de cas, le juge, dans l'appréciation à laquelle il se livre, n'est lié par aucune norme et n'en pose aucune. Le problème qu'il résout est exactement le même que celui qui se posait à l'administration : s'il sanctionne la décision prise par celle-ci, c'est que l'appréciation des circonstances à laquelle il se livre, comme elle et après elle, le conduit à une conclusion inverse. Il y a deux appréciations successives, mais de même nature, et c'est la qualité du juge, non la nature de l'opération à laquelle il procède, qui attache à son appréciation force de vérité légale » (19).

En affirmant que le juge administratif limite son contrôle à la vérification du respect par les actes administratifs de la légalité, les auteurs répondent généralement par la négative à la deuxième manière dont M. Rivero pose le problème de la nature du contrôle du juge sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration : ils entendent affirmer que le juge administratif se contente de vérifier si les règles objectives limitant le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative n'ont pas été transgressées et que, sous couvert de contrôler ces limites, le juge administratif ne substitue pas son appréciation à celle de l'administration dans la mesure où la réglementation juridique confie cette appréciation à celle-ci.

Les sources de la réglementation dont le juge administratif assure le respect peuvent être la loi et le règlement ou la loi, le règlement et la règle jurisprudentielle. Dans la deuxième hypothèse la question pourrait se poser de savoir si le juge ne se substitue pas au législateur : peu importe pour le problème qui nous occupe.

Le point d'accord de chacun des auteurs réside dans l'affirmation que jamais, en tout cas, sous couvert de sanctionner une limite établie par une règle juridique à l'exercice par une autorité administrative de son pouvoir discrétionnaire, le juge administratif n'exerce en réalité ce pouvoir et ne se substitue à l'administration active.

Pour arriver à une telle conclusion, les auteurs ont dû déterminer ce qui dans une décision relève de l'opportunité et ce qui relève de la légalité (20). Bonnard exposa le premier la méthode qui

(19) RIVERO (J.), préface à l'ouvrage de M. VENEZIA (J.-C.) : « Le pouvoir discrétionnaire », Paris, L.G.D.J., 1959, p. III et IV.

(20) Cf. WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P., 1930, p. 212 : « La formule le pouvoir discrétionnaire finit où s'arrête l'appréciation de l'opportunité et où commence celle de la légalité est exacte, mais elle est insuffisante, car elle ne fait que reculer le problème : dans une décision qu'est-ce qui relève de l'opportunité, qu'est-ce qui relève de la légalité ? ».

devait permettre d'arriver à une telle répartition : elle consiste à distinguer les différents éléments du processus de l'élaboration de l'acte juridique de manière à pouvoir préciser les objets possibles du pouvoir discrétionnaire (21). A la suite de Bonnard, cette méthode fut appliquée par l'ensemble de la doctrine (22).

Dans leur grande majorité les auteurs aboutirent à la même conclusion : le pouvoir discrétionnaire se réfère à l'objet de l'acte administratif et réside dans la libre adéquation de l'objet de l'acte aux antécédents objectifs de celui-ci, appelés motifs (23).

Dès lors, le contrôle exercé par le juge administratif sur les motifs des actes administratifs constitue la pierre angulaire du problème des limites que ce juge doit respecter dans son contrôle. Si le juge contrôle les motifs des actes administratifs uniquement dans la mesure où la réglementation juridique justifie ce contrôle, il respecte le pouvoir discrétionnaire de l'administration et se contente de sanctionner les limites que le droit objectif établit à l'exercice de celui-ci, de vérifier le respect par l'autorité administrative de la liaison de sa compétence qui découle de la légalité. Or le problème de savoir si le juge se contente d'exercer un tel contrôle divise la doctrine.

Au début du XX^{me} siècle, il est à peu près certain que le Conseil d'Etat ne contrôle les motifs des actes administratifs que lorsqu'ils sont une condition posée par la loi à l'exercice du pouvoir des autorités administratives et annule les actes administratifs uniquement dans la mesure où cette condition n'est pas réalisée. La détermination du lien objectif existant entre l'acte et les motifs ne fait pas l'objet d'études théoriques profondes : on considère généralement que puisque les motifs sont prévus par la loi, l'illégalité des motifs qui ont déterminé l'administration à édicter un acte constitue une violation de celle-ci. La doctrine légaliste, adoptée par plusieurs auteurs (24), paraît alors rendre compte d'une manière satisfaisante de l'étendue du contrôle du juge.

(21) BONNARD (R.), art. précité, p. 368.

(22) Cf. par exemple : WALINE (M.), art. précité, p. 212-215 ; VENEZIA (J.C.) : « Le pouvoir discrétionnaire », Paris, L.G.D.J., 1959 ; VEDEL (G.) : cours 1966-1967, op. cit., p. 635 ; LAUBADERE (A. de), traité précité, p. 222.

(23) Cf. BONNARD (R.), art. précité, p. 270-271 ; WALINE (M.) : « Droit administratif », précité, p. 450 ; VENEZIA (J.C.), op. cit., p. 45 ; LAUBADERE (A. de), traité précité, p. 233 ; SAUVIGNON (E.) : « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », A.J.D.A., 1971, I, p. 201, qui résume ainsi l'opinion couramment admise : « Le pouvoir discrétionnaire réside dans la possibilité d'apprécier librement le contenu à donner un acte par rapport à ses antécédents objectifs, aux éléments de droit ou de fait antérieurs à la décision et qui ont conduit son auteur à agir ».

(24) Cf. : MICHOD, BONNARD, REGLADE, art. précités.

Mais le développement du contrôle exercé par le juge administratif sur les motifs des actes administratifs montre une continuelle restriction du pouvoir discrétionnaire par l'action du juge (25). Ainsi que l'affirme M. Vedel : « Il est bien certain que, quelle que soit la subtilité de l'analyse des auteurs attachés à montrer que partout où il y a contrôle c'est qu'il y a des questions de légalité en jeu par l'intermédiaire de la compétence liée, quelle que soit leur autorité, l'examen de la jurisprudence laisse l'impression indéfinissable que le Conseil d'Etat va plus loin qu'un contrôle pur et simple de la légalité » (26).

Cette impression indéfinissable devient même, dans certains cas, une certitude. Après avoir affirmé : « Le juge de l'excès de pouvoir ne contrôle que la légalité des décisions administratives ; il ne peut contrôler leur opportunité car, ce faisant, il sortirait de sa fonction de juge et se substituerait à l'administration active », MM. Auby et Drago reconnaissent que, dans un cas au moins, « le juge contrôle effectivement et, peut-on dire ouvertement l'opportunité des décisions administratives (27). Il s'agit de la matière de la police municipale. Pour ces auteurs dans l'arrêt Benjamin (28) « le juge apprécie les moyens utilisés par l'autorité de police et, compte tenu de toutes les circonstances de fait, il considère que le maire aurait dû, pour maintenir l'ordre, prendre des mesures moins rigoureuses que celles prises, afin de sauvegarder l'exercice de la liberté de réunion. Il s'agit donc d'un véritable contrôle de l'opportunité de l'action administrative » (29). Quant à M. de Laubadère, farouche défenseur de la thèse selon laquelle le Conseil d'Etat n'est jamais juge de l'opportunité, il affirme, visant la même hypothèse : « On touche ici certainement au point où le contrôle du Conseil d'Etat est poussé avec le plus de hardiesse et se rapproche le plus d'un contrôle de l'opportunité » (30).

La jurisprudence adoptée par le Conseil d'Etat en matière de police administrative n'autorise toutefois pas à remettre en question la thèse selon laquelle le juge administratif assure au moyen de son

(25) RIVERO (J.) : préface à l'ouvrage de M. VENEZIA, op. cit., p. II.

(26) VEDEL (G.) : « Essai sur la notion de cause en droit administratif français », S., 1934, p. 95.

(27) AUBY et DRAGO (R.) : « Traité de contentieux administratif », L.G.D.J., 1962, t. III, n° 1.195, p. 81 et 83.

(28) C.E., 19 mai 1933, Benjamin, p. 541 ; S., 1934, III, I, concl. Michel, note Mestre.

(29) AUBY (J. M.) et DRAGO (R.), op. cit., t. III, n° 1.196, p. 83.

(30) LAUBADERE (A. de), traité précité, t. I, p. 509.

contrôle le respect par les autorités administratives de la réglementation juridique : si la doctrine légaliste paraît déclarer forfait sur ce point au moins, on peut y voir une exception au principe et même expliquer avec M. Waline que dans cette hypothèse le Conseil d'Etat examine l'opportunité uniquement pour résoudre un problème de légalité.

Mais la doctrine légaliste rencontre sur d'autres points des difficultés pour rendre compte de manière satisfaisante de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il paraît notamment difficile d'exprimer la règle de droit objectif dont le Conseil d'Etat assure la sanction lorsqu'il exerce ce qu'on appelle le « contrôle minimum » sur les actes pour lesquels la loi n'a prévu aucune relation entre la décision de l'autorité administrative et des antécédents objectifs. Dans ce cas, la seule inexistence de fait ou de droit du motif allégué par l'auteur de l'acte suffit à elle seule pour que la décision soit illégale. Lorsque l'auteur de l'acte ne peut se décider que pour certains motifs, l'inexistence des motifs allégués se ramène à l'absence de motifs légaux et, finalement, à la violation de la loi (31). Il n'en va pas de même dans les hypothèses où l'administration a la liberté du choix des motifs. Pour des espèces de ce genre, « on ne peut pas dire qu'il y ait violation de la loi dans le fait d'alléguer des motifs inexacts parce que aucun texte ne subordonne la validité de l'acte à l'existence des motifs » (32).

Certes, plusieurs explications ont été fournies tendant à démontrer qu'en sanctionnant l'inexistence matérielle des motifs, le juge administratif sanctionne bien une règle objective. Mais le Conseil d'Etat vient récemment d'ajouter à la sanction de l'inexistence des motifs de fait et de droit la sanction de « l'erreur manifeste d'appréciation » qui paraît définitivement entrée dans la notion de contrôle minimum, c'est-à-dire du contrôle que le Conseil d'Etat exerce même lorsque la loi n'a pas subordonné le pouvoir de l'administration à l'existence d'un motif légal. Or ce contrôle de l'erreur manifeste conduit le Conseil d'Etat à apprécier les motifs qui sont à la base d'une décision : il paraît là encore substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative, exercer le pouvoir discrétionnaire à la place de l'administration, puisque dans cette hypothèse aucune référence à la légalité n'apparaît.

(31) Sur ce point cf. : concl. RIVET s. C.E., 20 janvier 1922, Trépont, R.D.P., 1922, p. 81 ; LAUBADERE (A. de), traité précité, t. I, p. 511 ; VEDEL (G.), op. cit., p. 113.

(32) VEDEL (G.), op. cit., p. 114.
Cf. également : LAUBADERE (A. de), traité précité, p. 511.

L'ace à cette extension du contrôle du juge, la doctrine légaliste paraît à nouveau déclarer forfait : aucune explication n'a été fournie sur la règle de droit objectif dont le juge administratif assure la sanction en contrôlant l'erreur manifeste d'appréciation dans des hypothèses où l'administration a un pouvoir discrétionnaire.

Enfin la doctrine légaliste n'explique pas non plus pourquoi le juge administratif, lorsqu'une décision administrative comprend plusieurs motifs, n'annule cette décision que si les motifs inexistantes ou illégaux ont été déterminants. Là encore l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat semble constituer une nouvelle entorse à la sacro-sainte règle selon laquelle le juge administratif doit cantonner son contrôle à la vérification du respect par les autorités administratives de la réglementation juridique. Dans une telle hypothèse, en effet, une illégalité commise par l'administration n'entraîne pas l'annulation de l'acte.

Toutes ces difficultés rencontrées par la doctrine pour expliquer la limitation du contrôle du juge au domaine de la légalité trouvent leur origine dans une certaine analyse de l'acte administratif et du rôle de la volonté dans ces actes.

§ II. — *La spécificité du problème de la légalité des actes administratifs : la différence fondamentale entre la théorie de l'acte juridique en droit public et en droit privé.*

La doctrine du droit administratif français analyse l'acte administratif à partir d'une constatation implicitement ou explicitement formulée : les relations entre les situations objectives et les actes juridiques sont soumises à des principes juridiques différents en droit public et en droit privé, dont il faut déduire des conséquences différentes (33).

1°) En droit privé la matière des actes juridiques serait dominée par le principe de l'autonomie de volonté. L'acte juridique serait la manifestation de la puissance créatrice qui appartient à la

(33) M. VEDEL a particulièrement mis en lumière la différence de principe et les différentes conséquences qui existeraient entre le droit public et le droit privé à propos des actes juridiques dans sa thèse (op. cit., p. 304-338). Cf. également : WELTER (H.) : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », Paris, S., 1929, p. 11-18.

volonté privée dans le domaine juridique (34). Emmanuel Gounot synthétisait avec clarté les conséquences de cette affirmation : « Une « théorie de la volonté », telle est bien en effet la doctrine de l'acte juridique communément enseignée chez nous. Pour tous nos auteurs l'essence de l'acte juridique c'est uniquement la volonté : elle seule en constitue la substance ; tout le reste est secondaire, accidentel et sans valeur propre : vestige suranné du formalisme d'un autre âge ou simple instrument de preuve » (35). « En résumé, affirme-t-il plus loin, dans l'acte juridique la volonté est tout, elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation » (36).

Selon cette théorie, le rôle de la volonté, organe créateur de droit, se manifeste de deux manières dans les actes juridiques (37). Il se manifeste d'abord dans la formation de l'acte juridique, la volonté constituant véritablement l'essence, le principe actif et générateur de l'acte juridique, c'est elle qui le crée. Ainsi « le contrat ne tire pas sa force de la loi mais de la volonté qui l'exprime, le rôle de la loi se résume à garantir l'exécution de l'obligation contractuelle, à en assurer la sanction » (38). Le principe de l'autonomie de la volonté exprime alors une certaine façon de concevoir le rôle de la volonté dans la création des droits et obligations : la valeur juridique de l'acte provient directement de la volonté et non de la règle de droit.

Mais à ce premier rôle joué par la volonté dans l'acte juridique s'en ajoute un second qui d'ailleurs découle logiquement du premier (39) : « Non seulement la volonté peut, dans les limites et sous les conditions que lui assigne le droit positif, engendrer des actes juridiques, et, par conséquent, produire des effets de droit, mais encore les effets de droit auxquels elle donne naissance ne sont

(34) WINDSCHEID, Pandekten, 7ème éd., par KRIPP, t. I, § 69, cité par RIEG, art. précité, p. 126.

(35) GOUNOT, thèse précitée, p. 132-133.

(36) Eod. loc., p. 136.

(37) Sur ce point voir GOUNOT, thèse précitée, p. 3 et suivantes.

(38) MARTY et RAYNAUD, Droit civil, op. cit., p. 31.

(39) M. VEDEL souligne cette dépendance du deuxième rôle de la volonté dans l'acte juridique par rapport au premier. Après avoir dégagé deux significations du principe de l'autonomie de la volonté, l'une sur le plan de la théorie générale du droit, l'autre sur celui du droit privé positif, il affirme : « D'ailleurs, les deux significations, ainsi dégagées, du principe d'autonomie sont unies de façon profonde. Si la volonté crée réellement le droit, la liberté absolue des conventions est un dogme identifié avec le droit même ; si c'est le droit qui donne une valeur juridique à la volonté, il lui appartient au contraire d'en limiter les effets » (thèse précitée, p. 307).

que ce qu'elle veut qu'ils soient. Ils pénètrent dans le monde juridique non seulement parce qu'ils ont été voulus, mais comme ils ont été voulus » (40).

Dès lors on pourra bien affirmer que « les éléments constitutifs de l'acte juridique sont au nombre de deux : la volonté interne, d'une part, la déclaration de volonté, d'autre part », ce sera pour affirmer aussitôt que « la déclaration n'est que le moyen grâce auquel la volonté interne parvient à la connaissance des tiers » (41). Par volonté, il faut en effet entendre « la volonté interne, subjective, telle qu'elle existe dans l'âme individuelle et non la déclaration, c'est-à-dire la volonté telle qu'elle se manifeste et s'objective à l'extérieur et telle que la saisissent les autres hommes à travers le milieu social » (42).

Certes, cette volonté devra se manifester à l'extérieur, « mais aucune forme déterminée n'est requise pour ces manifestations et d'ailleurs elles ne servent que de moyen de preuve, ce sont de simples signes de la volonté intérieure ; par elles-mêmes elles sont sans force juridique, elles n'ont de valeur que dans la mesure où elles traduisent une volonté psychologique réelle. A travers ces signes, paroles, écrits, gestes, parfois simples silences, c'est la volonté interne seule qu'il faut découvrir et pénétrer, puisque d'elle seule dépend l'efficacité juridique créatrice d'un contrat » (43).

Le principe de l'autonomie de la volonté permet donc de comprendre le sens dans lequel s'est orientée la théorie de l'acte juridique en droit privé. « Si la volonté est une source de droit libre et perpétuellement ouverte, débarrassée de toute catégorisation, de tout formalisme, l'intérêt essentiel dans l'étude de l'acte juridique se concentre sur l'élément psychologique. La volonté étant, pour reprendre la formule de M. Gounot, « l'essence du contrat », la rectitude de l'acte juridique réside surtout dans la rectitude de la volonté. Tout l'acte juridique est orienté dans un sens subjectif » (44). Mise à part la théorie de l'objet qui traduit une relation entre la réalité objective ou les éléments antécédents de l'acte et l'acte lui-même, « tous les autres éléments d'ordre objectif sont transmutés en éléments psychologiques ; ils ne sont pas annulés, mais il y a dans cette transformation toute la distance entre le monde extérieur et le monde psychologique » (45).

(40) GOUNOT, thèse précitée, p. 4.

(41) RIEG (A.), art. précité, p. 127.

(42) GOUNOT, thèse précitée, p. 133.

(43) Eod. loc., p. 133-134.

(44) VEDEL (G.), op. cit., p. 309.

(45) Eod. loc., p. 311.

Les conséquences de cette affirmation sont énumérées par Gounot : « Si, en dépit d'apparences contraires, la volonté psychologique est absente, le contrat ne se formera pas ; si elle est viciée, le contrat sera tout entier vicié, et, lorsqu'il s'agira d'interpréter un acte juridique valable, le juge devra, par tous les moyens et en puisant dans toutes les sources d'informations, fussent les plus étrangères à la déclaration, tâcher de pénétrer la psychologie individuelle des auteurs de l'acte, afin de découvrir leur volonté vraie » (46).

En conclusion notons avec M. Vedel que s'il est évident que les actes juridiques traduisent dans un langage spécial les réactions des individus en face de certaines situations objectives, « l'existence de l'autonomie de la volonté, dans un monde contractuel à fins individualistes, aboutit à nier tout lien direct entre l'acte et ses antécédents objectifs. C'est dans la mesure où ceux-ci s'intègrent aux éléments psychologiques que le droit en tient compte. Autrement dit, il y a des réactions individuelles et autonomes à la réalité extérieure, réactions traduites en actes juridiques, mais il n'y a pas de loi déterminant la nature ou la catégorie de ces réactions subjectives » (47).

2°) Il en irait tout autrement en droit public, qui ignorerait le principe de l'autonomie de la volonté ce qui voudrait dire « que l'agent de droit public n'a pas en principe de liberté de choix en ce qui touche le type juridique de ses actes, ni les buts de son activité, ni les antécédents auquel l'acte doit succéder » (48).

a) Une conséquence essentielle en résulterait relative à l'analyse des actes administratifs : « La validité juridique des actes de droit administratif s'examine à la lumière d'une notion qui n'est pas le libre pouvoir de création de la volonté, mais au contraire de la règle de « l'orientation » dans le sens de l'intérêt public. Dès lors tout

(46) GOUNOT, thèse précitée, p. 135.

(47) VEDEL (G.), *op. cit.*, p. 313-314.

(48) VEDEL (G.), *eod. loc.*, p. 314. Cf. également : VEDEL (G.), cours de droit administratif, 1953-1954, p. 672 : « En droit administratif, contrairement à ce qui existe en droit civil, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. En droit civil, les individus sont libres de se déterminer sur la base de n'importe quelle situation et pour les raisons qui leur conviennent. Les motifs subjectifs des individus, dès lors qu'ils ne sont pas illicites, ni contraires à l'ordre public, justifient suffisamment l'acte... En revanche en droit administratif, il n'existe pas de principe de l'autonomie de la volonté. L'administration ne doit se décider que pour des raisons de fait ou de droit objectivement établies ».

point de vue subjectiviste devra être écarté » et « une conséquence immédiate découle de ceci : c'est que la relation de la réalité extérieure à l'acte juridique reprend aussitôt une valeur objective » (49).

Ce caractère objectif de la relation existant entre la réalité extérieure et l'acte juridique a selon M. Vedel deux raisons essentielles. La première « c'est que la définition de l'intérêt public se réalise techniquement par rapport à certaines situations de fait. La directive de l'intérêt public subsiste comme principe d'activité du droit administratif, mais en même temps elle se fragmente et se morcèle en règles juridiques plus précises. Ceci parce qu'il y aurait péril d'abandonner l'agent public à son initiative avec en main un instrument de direction aussi vague que cette règle générale. Mais, par ailleurs, on s'aperçoit que préciser la notion d'intérêt public, la définir concrètement, c'est en réalité définir des situations objectives auxquelles doivent correspondre les actes juridiques » (50).

La seconde raison est intimement liée à la première : « Même dans le cas où des textes ou des règles jurisprudentielles n'auront pas précisé les situations objectives auxquelles l'acte administratif doit correspondre, la réalité des situations qui l'auront provoqué aura une importance extrême. Et ceci tient encore une fois à la nature de l'acte administratif, et au caractère objectif de la notion d'intérêt public. Dans un droit basé sur la satisfaction des volontés individuelles, l'essentiel de la validité de l'acte est résumé dans l'élément subjectif ; mais là où l'intérêt public doit être réalisé, les bases objectives de l'acte reprennent une importance essentielle. Que l'auteur de l'acte se soit trompé, même de bonne foi, sur les situations de fait qu'il donne comme base objective à son acte, voilà qui entache la validité de l'acte. Mais ici ce n'est pas en vertu de l'idée que la volonté a été viciée, encore que M. Rivet parle du « libre-arbitre » de l'auteur de l'acte ; cette explication inspirée du droit privé met l'accent sur la volonté individuelle de l'auteur de l'acte. La vraie explication, c'est que l'intérêt public doit se réaliser objectivement, c'est-à-dire en prenant appui sur la réalité, et non sur la volonté de l'auteur de l'acte. C'est de la situation antécédente de l'acte que résulte la fin d'intérêt public qui doit être poursuivie, et ce n'est pas de la conception subjective qu'en a l'auteur de l'acte » (51).

M. Vedel résume sa pensée de la manière suivante : « Ainsi nous voyons se développer l'idée qu'il y a un lien entre les situations

(49) VEDEL, *op. cit.*, p. 315.

(50) *Eod. loc.*, p. 345-346.

(51) *Eod. loc.*, p. 317.

objectives et les actes administratifs, ce lien doit être conçu indépendamment des notions subjectives du but et des motifs, parce que le droit public ignore le principe de l'autonomie de la volonté » (52).

Une telle idée était déjà exprimée par Maurice Hauriou et Guillaume de Bezin : « Le droit administratif français ne connaît que des actes, il ignore, sauf en des théories accessoires, les individus, c'est-à-dire les agents qui représentent l'administration, il ne se préoccupe point de leurs intentions subjectives ; il a pour unique objet l'acte qu'ils ont accompli et qui constitue la déclaration de volonté de l'administration » (53). Le juge doit se limiter « à un pur examen de l'acte. Dans le recours pour excès de pouvoir, le juge n'examine qu'une seule chose, la validité de l'acte ; pour faire cette étude, il se place à un point de vue purement objectif » (54).

M. de Soto adopte la même position lorsqu'il remarque que, dans l'analyse de l'acte administratif, « ce n'est pas l'auteur de l'acte qui occupera le premier plan, mais bien l'acte lui-même. Il est évidemment impossible de faire abstraction de l'administrateur, mais la place qu'il occupe vient logiquement s'insérer parmi les autres éléments de l'acte administratif » (55). Et il conclut : « C'est donc de la conformité de l'acte administratif aux règles concernant chacun des éléments précités que résultera la validité de l'acte lui-même » (56).

La nature purement objective des motifs qui seraient pris en considération par le juge administratif lorsqu'il exerce sur eux son contrôle confirmerait cette analyse : « Le juge administratif doit se préoccuper... de l'existence de motifs susceptibles de justifier légalement la décision. Ces motifs, est-il besoin de le rappeler, ne sont pas les mobiles qui ont inspiré l'autorité administrative et déterminé sa conduite. Ce sont des faits antérieurs à la décision, ou une situation existant à la date de celle-ci, et dont l'existence est une condition de la légalité de cette décision » (57).

b) A côté de cette limite objective au pouvoir discrétionnaire n'existe-t-il pas une limite subjective qui s'exprime dans le but des actes administratifs ?

(52) Eod. loc., p. 319.

(53) HAURIOU (M.) et BEZIN (G. de) : « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 546.

(54) Eod. loc., p. 547.

(55) SOTO (J. de) : « Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux », thèse, Paris, 1947, p. 85.

(56) Eod. loc., p. 90.

(57) WALINE (M.) : « Etendue et limites... », *art. précité*, p. 31.

On est bien obligé de remarquer que si certains auteurs l'affirment, c'est aussitôt pour s'efforcer de démontrer que le contrôle du but n'est qu'en apparence un contrôle subjectif et qu'en réalité il sanctionne la violation par une autorité administrative d'une limitation objective à son pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, le doyen Bonnard remarquait que « si l'acte ne poursuit pas le but voulu, il se trouvera toujours que les motifs auront été incorrectement appréciés soit quant à leur importance, soit quant à leur valeur » (58).

Avant lui Michoud affirmait : « La théorie du détournement de pouvoir est donc beaucoup plus objective qu'elle ne le paraît au premier abord. L'acte est annulé en réalité, parce que, pris en lui-même, il n'a pas une cause licite. Il reste seulement que le plus souvent l'inexistence de cette cause est prouvée, non pas directement, mais indirectement par le fait que l'administrateur a laissé voir qu'il était guidé subjectivement par un motif illégitime » (59).

M. Vénézia aboutit aux mêmes conclusions : « Le contrôle subjectif de la licéité ou de l'illicéité du but visé par l'agent n'est-il pas un simple procédé technique permettant de vérifier, dans une espèce déterminée, l'existence de motifs d'intérêts publics ? Cette question nous paraît devoir être résolue dans le sens de l'affirmative. Au fond... les intentions subjectives, les buts psychologiques de l'auteur de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler la réalisation objective de la directive d'intérêt public. Ainsi un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale, a plus de chances d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont certains résultats objectifs, non la poursuite de certains buts subjectifs » (60).

Et l'auteur conclut : « Que le détournement de pouvoir et le défaut de base légale correspondent au plan du contentieux administratif à des réalités jurisprudentielles différentes l'une de l'autre, on ne saurait le nier. Mais cette observation ne préjuge en rien la question de savoir si ces différences sont des différences de fond ou s'il ne s'agit pas plutôt de traductions contingentes d'un élément unique se situant au plan du droit, c'est-à-dire au niveau de la structure même de l'acte administratif... L'annulation d'un

(58) BONNARD (R.) : « Le pouvoir discrétionnaire... », art. précité, p. 371.

(59) MICHOD : « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », R.G.A., 1915, I, p. 212.

(60) VENEZIA (J. C.), op. cit., p. 36.

acte administratif dont l'auteur a visé un but illicite sanctionne donc en réalité, si l'on va au fond des choses, l'absence de motifs d'intérêt public puisque, au cas où ces motifs existent, le moyen tiré du détournement de pouvoir n'est pas recevable » (61).

Quant à M. Vedel il affirme bien que : « Rien ne serait plus faux, disons-le tout de suite, que de vouloir tirer des idées ainsi dégagées la conséquence que tout, dans l'acte de droit public est objectif, que la volonté et la pensée de l'agent n'ont qu'un rôle de transmission mécanique sans importance. Ce serait méconnaître toute la réalité. Au fond, constatant la fin unique de tout le droit administratif : la réalisation de l'intérêt public, on est amené à conclure que le contrôle de la valeur juridique des actes ne peut se faire d'un point de vue purement subjectif. Mais encore faut-il admettre que ce droit ne se réalise pas mécaniquement, mais à l'aide d'hommes investis de certains pouvoirs, et ceci nécessite une certaine part de subjectivisme dans l'acte de droit public. Aussi ne croyons-nous pas que la notion subjective de but doive totalement s'effacer devant la notion subjective de cause » (62). Mais il précise ensuite que si la technique du but et celle de la cause diffèrent entre elles, elles « ont des racines communes » (63). En effet, « cause objective, but subjectif sont deux points de vue différents sur une directive unique : l'orientation de l'acte administratif dans le sens de l'intérêt public » (64).

Si la technique du but garde un rôle essentiel à côté de la technique de la cause, c'est uniquement pour deux grandes raisons : « Avant que l'intérêt public pour une activité donnée se soit concrétisée sous l'action de la loi, de la réglementation, de la jurisprudence dans des intérêts particuliers définis par des situations objectives, c'est par la considération du but, élément subjectif de l'acte, que la limitation du pouvoir discrétionnaire est possible... Deuxièmement, certaines règles de moralité administrative sont de leur nature impossibles à préciser totalement. Là encore la limitation du pouvoir discrétionnaire ne peut s'organiser qu'autour de l'idée de but » (65). Mais « de ce que la réalisation de certaines fins est le but final de l'organisation juridique, que peut-on déduire touchant l'acte juridique ? Que cet acte doit être conforme à ces fins de façon

(61) Eod. loc., p. 38-39.

(62) VEDEL (G.) : « Essai sur la notion de cause... », op. cit., p. 321.

(63) Eod. loc., p. 326.

(64) Eod. loc., p. 338.

(65) Eod. loc., p. 337.

objective. Mais, au fond, les intentions subjectives, le but psychologique de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler cette réalisation objective. Ainsi un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale a plus de chance d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente, encore qu'il faille faire part de maladresse qui peut s'opposer à pareil résultat. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont les résultats objectifs, non la poursuite de certains buts subjectifs » (66). Si la directive d'intérêt public se traduit tant par la cause objective que par le but « il ne faut pas oublier que la définition de l'intérêt public concret aboutit vite à donner la prééminence à la traduction objective de la directive, et que la jurisprudence à défaut du législateur a une invincible tendance à opérer cette définition » (67).

c) En dernière analyse le caractère objectif de l'acte administratif découle de la hiérarchie établie entre les actes juridiques en droit public français : « Les critères présentés par la doctrine en matière de hiérarchie des actes juridiques sont essentiellement de trois ordres : matériel, la théorie de la formation du droit par degré, organique. Mais ils s'attachaient essentiellement à rendre compte de l'ensemble de la hiérarchie des actes juridiques et surtout de la subordination des actes administratifs à la loi » (68).

Par subordination des actes administratifs à la loi il faudrait entendre, non seulement que les actes administratifs doivent, comme tous les actes juridiques, respecter la loi, mais encore que celle-ci serait le principe d'action, la volonté de l'autorité administrative ne jouant qu'un rôle résiduel. Ainsi le pouvoir discrétionnaire est généralement conçu comme une « marge irréductible », une résistance à l'hégémonie de la loi, très réelle certes, mais qui ayant un caractère exceptionnel, n'est pas la règle générale d'activité et le contrôle juridictionnel des actes administratifs est considéré comme tendant « essentiellement à garantir le respect par l'administrateur des limites déterminées par la nature de la fonction administrative elle-même » (69).

Tel paraît bien être le sens que la doctrine française a donné au principe de légalité quelles que soient par ailleurs ses divergences.

(66) Eod. loc., p. 436.

(67) Eod. loc., p. 445.

(68) LACHAUME (J. F.) : « La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français », Paris, L.G.D.J., 1966, p. 128.

(69) WELTER, op. cit., p. 2 et VEDEL, op. cit., p. 314.

Une telle conception du principe de légalité est bien évidemment adoptée par les auteurs qui se déclarent partisans de la norme normative. Kelsen et les auteurs normativistes conçoivent le droit ou l'ordonnement juridique sous la forme de normes juridiques, expression d'un devoir être (*sollen*) et non d'un être (*sein*) (70). À partir de cette idée de normes, le normativisme édifie sa théorie logique du droit, en envisageant la norme dans ses caractères, dans ses propriétés et dans les conséquences logiques qui en découlent, en faisant toujours abstraction de son contenu. Un des principes fondamentaux du normativisme vise la *dynamique du droit* et constitue le principe de la formation de l'ordonnement juridique par degrés. De ce principe découle la conception normativiste de l'acte administratif. La loi de formation de l'ordonnement juridique est établie sur la base de la constitution homogène de cet ordonnement : Kelsen et Merkl considèrent en effet que les normes juridiques sont toujours l'expression d'un *sollen*, d'un devoir être. Ces normes diffèrent quant à leur forme : les unes sont générales, les autres sont individuelles ; mais elles restent identiques dans leur essence de normes juridiques et possèdent une même substance, un *sollen*.

Homogènes dans leur essence, ces normes se présentent comme étant de valeur juridique inégale : elles ne sont pas juxtaposées, mais subordonnées les unes aux autres. Elles constituent une hiérarchie par degrés successifs de valeur décroissante, des normes constitutionnelles jusqu'aux normes individuelles. On observe une concretisation croissante de l'ordonnement juridique à mesure qu'on descend les degrés de cette hiérarchie.

Or, et il s'agit là d'un élément capital, il y a subordination des normes d'un degré à l'autre parce qu'à chaque degré les normes sortent des actes du degré supérieur : les normes s'engendrent l'une l'autre et cela parce qu'un devoir être ne peut être produit que par un autre devoir être. De cette procédure de formation des normes, il résulte un élément essentiel pour comprendre la conception normativiste de l'acte administratif : à chaque étape les actes qui accomplissent les normes doivent être considérés comme étant à la fois des actes d'exécution et de création du droit. Puisque chaque norme est établie en vertu des normes du degré supérieur, l'acte qui la contient est une exécution de celle-ci. Puisque chaque norme ajoute un nouvel élément à l'ordonnement juridique, l'acte qui la contient constitue une création du droit.

(70) Sur ce point cf. BONNARD : « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », R.D.P., 1928, p. 608-690 et VENEZIA (J. C.), op. cit., p. 151-161.

A première vue, cette analyse paraît conduire les tenants du normativisme à mettre en avant le rôle de la volonté dans les actes juridiques, en particulier dans les actes administratifs. Puisqu'un acte abstrait, qui sert de base à un acte plus concret ne peut pas déterminer entièrement ce dernier, puisqu'il peut fournir uniquement les éléments de concrétisation, il doit laisser la place à l'appréciation de l'organe compétent pour la concrétisation, c'est-à-dire à un certain pouvoir discrétionnaire.

Mais ce pouvoir discrétionnaire Kelsen ne le conçoit pas comme impliquant une liberté quelconque au bénéfice de son détenteur : « La différence nécessaire entre les deux degrés successifs de concrétisation n'implique pas une liberté pour l'auteur de la seconde norme. Il ne fait qu'exécuter la première » (71). Kelsen met donc uniquement l'accent sur l'aspect d'exécution que présente une norme par rapport à la précédente, parce qu'il n'existe dans l'ordonnance-juridique que des normes ou règles de droit et des relations entre ces normes, le pouvoir discrétionnaire s'analysant en une application exécutive des règles de droit.

Le professeur Merkl paraît au contraire mettre sur le même plan les deux aspects, exécution et création, que comporte tout acte juridique : il affirme l'existence pour l'organe de création de la norme d'une déterminante hétéronome qui est le droit du degré supérieur et d'une détermination complémentaire autonome qui est la libre appréciation dans l'acte de concrétisation. Ainsi les actes administratifs, qui réalisent la fonction administrative conçue comme une fonction d'élaboration de normes par exécution de la loi, comporteraient à la fois exécution de la loi et création de règles nouvelles.

Mais l'élément subjectif n'entraîne pour le professeur Merkl aucune conséquence en ce qui concerne la régularité ou l'irrégularité des actes administratifs. L'irrégularité dans l'acte administratif ne peut procéder de la création que comporte cet acte, mais uniquement de l'exécution du droit qu'il réalise et qui est le droit législatif. L'irrégularité ne peut se situer que dans l'élément exécution du droit parce qu'elle ne peut être qu'une question de non conformité au droit.

Que ce soit directement avec Kelsen pour qui « on ne peut parler d'une activité étatique libre dans les limites du droit mais seulement d'une réalisation de ces limites, de ces règles » (72) ou plus indirectement

(71) KELSEN : « *Haut problème der Staats Rechtslehre* », 1911, 2ème éd., 1923, p. 499, cité par GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 96 et par VENEZIA, *op. cit.*, p. 152.

(72) KELSEN : « *Allgemeine staats lhere* », Vienne, 1925, p. 240, cité par VENEZIA, *op. cit.*, p. 152.

tement avec Merkl par le biais d'une théorie de l'irrégularité, l'accent est toujours mis par la doctrine normativiste sur les éléments objectifs des actes administratifs puisque ces derniers sont conçus comme devant essentiellement exécuter les actes législatifs et que leur régularité dépend uniquement de leur conformité à ces actes législatifs.

Une telle doctrine paraît avoir été adoptée en France par Roger Bonnard : « On retrouve en réalité dans l'acte juridique individuel la règle générale elle-même exprimée dans une forme concrète... Si quelque chose est exigé à la suite d'un acte juridique individuel, c'est en vertu de la règle de droit objectif qui persiste dans la concrétisation dont elle a été l'objet » (73). Quant au pouvoir discrétionnaire, il trouve pour cet auteur sa justification dans des raisons pratiques : « Le législateur ne peut pas lier les compétences dans toute leur étendue et sur tous les points en décidant à l'avance et d'une façon générale, en dehors de tout cas concret, quelle décision doit être prise, parce qu'il ne lui est pas possible d'envisager tous les éléments de l'opportunité d'une décision » (74).

Enfin pour Bonnard la validité de l'acte dépend uniquement de sa conformité aux règles de droit objectif : « Toute activité de l'Etat à portée individuelle et spéciale ne se manifeste qu'habilitée par le droit objectif, et conformément aux règles de ce droit, sous réserve toutefois du pouvoir discrétionnaire qui peut être laissé », pouvoir discrétionnaire qui est par nature insusceptible de contrôle (75).

Avec un point de départ différent Duguit arrive aux mêmes conclusions. Pour Duguit, la loi est définie au sens matériel : est loi toute disposition statuant par voie générale. La protection de l'individu contre l'arbitraire de la puissance publique sera réalisée par le respect de la légalité matérielle, le respect de cette légalité permettant de distinguer les gouvernements dits despotiques de ceux qui ne le sont pas. Et cette légalité matérielle est bien conçue par Duguit comme devant entraîner un rapport de conformité entre la loi au sens matériel et les actes administratifs, « parce que si un Etat ne peut prendre de décisions individuelles que dans les limites fixées par une règle générale formulée d'avance, il y a toutes les chances

(73) BONNARD (R.) : « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P., 1932, p. 724.

(74) BONNARD (R.) : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1923, p. 365-366.

(75) BONNARD (R.) : note sous C.E., 3 juillet 1931, Ville de Clamart, S., 1932, p. 3-4.

que cette décision ne sera ni vexatoire, ni injuste et cela parce que la règle générale qui en fixe la limite et en limite la portée, a été formulée d'avance d'une manière abstraite en vue de l'intérêt général, sans considération de personne ou d'espèce » (76).

Enfin et surtout la conformité nécessaire entre l'acte administratif et la loi résulte de la conception française de la démocratie représentative dont Carré de Malberg apparaît « le théoricien infallible » (77). Carré de Malberg montre le caractère fondamental de la loi en droit public. La loi jouit d'abord d'une puissance d'initiative qui ne trouve aucun équivalent dans les actes des autres autorités étatiques. Tout établissement d'une règle nouvelle implique le recours à la forme législative. Non seulement l'administrateur et le juge ne peuvent s'écarter de la loi, ni la contrarier, mais encore, elle est le statut initial qui règle leur activité, qui établit leurs compétences en déterminant ce que ces deux autorités devront ou pourront faire. La force spéciale de la loi s'analyse en second lieu dans la puissance qui s'attache à son contenu. Les dispositions de la loi sont d'une part intangibles pour toute autorité autre que le législateur, d'autre part elles s'imposent à tous les fonctionnaires comme à tous citoyens. Ainsi, règle primaire, règle initiale, règle inconditionnée, la loi est dans notre droit public le fondement, la mesure de toute la validité de l'ordre juridique.

Au terme de cette analyse de la théorie de l'acte administratif et de la théorie de l'acte juridique en droit privé, une différence fondamentale apparaît au sein de la doctrine. Défini comme la part d'initiative, d'indépendance juridique de l'administration, le pouvoir discrétionnaire correspondrait à l'autonomie de la volonté. Mais bien qu'ayant la même origine, autonomie de la volonté et pouvoir discrétionnaire s'opposeraient et justifieraient une différence entre le droit public et le droit privé. La satisfaction des besoins individuels et subjectifs serait du domaine propre de la volonté autonome en droit privé, alors que l'entreprise administrative serait soumise à une finalité précise, celle de l'intérêt public, déterminée par le législateur.

Finalement la distinction essentielle entre le droit public et le droit privé résiderait dans le fait que l'autonomie de la volonté ne

(76) DUGUIT (L.) : « Leçons de droit public général », éd. de Boccard, 1926, p. 279.

(77) BURDEAU (G.) : « Rapport aux journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg », *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 99.

se heurterait qu'aux limites extérieures, alors que le pouvoir discrétionnaire serait en plus restreint par une limite interne au sujet de droit. Voilà pourquoi la doctrine administrative française a mis l'accent sur les éléments objectifs de l'acte administratif au point de ne voir dans le contrôle exercé par le juge administratif, qu'une sanction de l'irrégularité de ces éléments : historiquement, cette conception a certainement correspondu à la réalité.

§ III. — *Critique méthodologique de l'analyse de l'acte administratif.*

L'affirmation selon laquelle la théorie des actes administratifs est dominée par un principe différent de la théorie des actes juridiques de droit privé, qui entraîne une différence de régime applicable aux conditions de validité de ces actes, apparaît comme un postulat qui a essentiellement une origine historique.

L'évolution historique qui a permis de le formuler se confond avec celle du recours pour excès de pouvoir, qui montre la volonté du juge administratif de soumettre les autorités administratives à un contrôle de plus en plus strict. Ce recours aurait connu entre 1900 et 1920 un tournant décisif et se serait établi sur des principes définitifs : « Maintenant, cette pensée administrative et cette pensée politique répondaient à des impératifs qui sont demeurés si constants dans la société française depuis le début du siècle que le Conseil d'Etat n'a pas éprouvé le besoin, depuis lors, de changer une nouvelle fois les bases du recours qu'il a si patiemment construit. Qu'on veuille bien y réfléchir : dans l'énoncé des quatre conditions de recevabilité, dans la définition des cinq ouvertures assez communément admises, dans la description des effets du recours, les solutions que tout le monde considère comme étant de base, celles que nos maîtres nous ont enseignées comme telles... étaient acquises au sortir de la première grande guerre. Depuis lors, le Conseil, en pleine possession des principes, leur réinsufflant vie à tout instant, s'est surtout attaché à raffiner sur les solutions de détail », et ce travail « a porté sur les questions d'importance secondaire, la solution des difficultés primaires étant tenue pour acquise » (78). Dès ce moment le postulat selon lequel le juge administratif contrôle toute

(78) LANDON (P.) : « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954 », Paris, L.G.D.J., 1962, p. 33-34.

la légalité et rien que la légalité des actes administratifs est dégagé. Né du développement du contrôle du juge, il devient le principe qui fixe les limites de son pouvoir et l'expression de cette limite devait être définitive.

Pour cela il fallait que le Conseil d'Etat respecte dans son contrôle le postulat qu'il avait contribué à dégager : « Au fond, on aperçoit clairement les raisons pour lesquelles le doyen Bonnard et, avec lui, M. Réglade et M. Teitgen se sont efforcés de réduire à un contrôle de la « légalité » le contrôle que le Conseil d'Etat exerçait au-delà de la réglementation légale. Ces efforts ne visaient à rien moins qu'à sauvegarder la notion même de pouvoir discrétionnaire... Les notions de pouvoir discrétionnaire et de réglementation juridique, partant de contrôle juridictionnel de cette réglementation sont des notions exclusives l'une de l'autre. Là où il y a pouvoir discrétionnaire, aucun contrôle du juge n'est possible ni même concevable » (79). La thèse selon laquelle le Conseil d'Etat contrôle l'opportunité « aboutissait à ruiner la notion même de pouvoir discrétionnaire, puisqu'elle impliquait qu'il n'était, de principe, aucun secteur de l'action de l'administration qui fut susceptible d'échapper au contrôle du juge. Il était donc nécessaire, si l'on voulait sauvegarder cette notion, d'assigner à ce contrôle une limite au-delà de laquelle il ne saurait s'étendre. Par sa précision, par son « objectivité », la notion de réglementation légale apparut comme la « frontière naturelle » du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée et on s'efforça par voie de conséquence de montrer que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir n'excédait jamais les limites qui lui étaient assignées par cette réglementation » (80).

Depuis la formulation de ce postulat, la doctrine examine la jurisprudence du Conseil d'Etat avec une optique différente de celle qui était auparavant la sienne : elle ne se contente plus de dégager des principes d'explications, mais elle s'efforce d'expliquer le maintien d'un principe face à une évolution qui paraît parfois le dépasser.

Une telle optique permet de comprendre que généralement les éléments de l'acte administratif sont traités à l'occasion de l'étude des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir : « Etudier les conditions de validité d'un acte, revient pratiquement à étudier les cas de nullité » (81). Elle permet également de comprendre que l'on s'attache généralement à une présentation des moyens d'annulation « d'inspiration

(79) VENEZIA (J. C.), *op. cit.*, p. 92.

(80) *Eod. loc.*, p. 93.

(81) WALINE (M.) : « Droit administratif », Paris, S., 9ème éd., 1963, p. 444.

exclusivement jurisprudentielle, dégagées des seuls considérants des arrêts les plus récents, en dehors de tout sacrifice à la tradition ou à la logique pure » (82). Puisqu'il s'agit d'expliquer comment le juge se limite à un contrôle de la légalité, tout en accentuant son contrôle, il est normal que le point de départ soit constitué par la jurisprudence et que l'on passe de l'illégalité à la légalité.

Mais nous avons montré qu'il est des hypothèses où le contrôle du Conseil d'Etat ne se laisse pas facilement réduire à un contrôle de la légalité.

Suffit-il alors de remarquer avec M. Venezia (83) que l'on se condamne à prendre de l'acte administratif une vue incomplète et inexacte si on construit une théorie de l'acte administratif à partir des seuls matériaux offerts par les arrêts, parce que les techniques contentieuses ne coïncident pas forcément avec les règles sanctionnées, plusieurs techniques servant par exemple à sanctionner la même règle ? Pour juste que soit la critique, elle ne paraît pas suffisante.

Les difficultés de la doctrine à expliquer que le contrôle du juge constitue dans tous les cas la sanction d'une réglementation objective, paraissent résulter de ce que la doctrine classique utilise dans son analyse une méthode qui découle d'une prise de position sur un problème de fond. A la base de son analyse de l'acte administratif elle place un principe, le principe de légalité, conçu comme établissant une limite déterminée par la nature de la fonction administrative et s'efforce de démontrer que la jurisprudence applique bien ce principe.

Or une méthode d'analyse ne saurait être déterminée par une prise de position sur le fond du problème qu'elle a précisément pour objet de résoudre. L'évolution de l'étude de l'acte juridique en droit privé est à cet égard significative.

La doctrine privatiste commença par étudier l'acte juridique en suivant la même méthode que la doctrine publiciste. Elle analysa l'acte juridique à partir d'un principe, celui de l'autonomie de la volonté, et s'efforça de démontrer que le droit positif se contentait de tirer les conséquences de ce principe. En cela le raisonnement des auteurs de droit privé fut longtemps analogue à celui suivi par l'ensemble des auteurs de droit public : ayant dégagé un postulat, qui, sans être exprimé explicitement par le droit positif, paraissait être constaté implicitement par lui, celui de la liberté des individus qui entraînait comme conséquence la toute puissance de la volonté

(82) GAZIER (F.) : « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D.C.E., 1951, p. 77.

(83) VENEZIA (J. C.), *op. cit.*, p. 16.

dans le domaine du droit, on s'efforça d'expliquer que toutes les évolutions du droit positif relatives aux différentes sources d'obligations, aux conditions de validité et à l'interprétation des actes juridiques ne remettaient pas en cause ce principe de base.

Mais dès le début du siècle, une telle méthode fut critiquée (84). Les explications que la doctrine de l'autonomie de la volonté donnait du droit positif reposaient dans bien des cas sur des fictions, et paraissaient souvent artificielles.

N'était-il pas artificiel, en effet, de justifier l'application aux époux du régime matrimonial légal en affirmant que, se mariant sans contrat, ils avaient librement adopté ce régime ?

N'était-il pas purement artificiel de prétendre que des contractants avaient tacitement introduit telle obligation (obligation de sécurité par exemple) dans un contrat alors qu'au moment de la conclusion du contrat la préoccupation à laquelle répondait cette obligation avait probablement été complètement étrangère aux parties ?

L'accroissement du nombre de lois impératives, la moindre importance du contrat comme source d'obligation, la renaissance du formalisme, la tendance à sanctionner la responsabilité née de l'abus de la liberté contractuelle, l'évolution de la conception des effets du contrat, autant d'atteintes à la liberté contractuelle qui amenaient à constater que si le droit civil avait admis les solutions techniques préconisées par la théorie de l'autonomie de la volonté, l'évolution ultérieure marquait leur recul.

On affirme alors la mort du volontarisme en tant que système, sans constater qu'un autre système l'avait remplacé (85).

La finalité des recherches actuelles, la manière nouvelle de poser les problèmes montrent la portée du changement. « Au vrai, pour significatives qu'elles étaient, les querelles doctrinales du XIX^{me} siècle sont dépassées de nos jours, parce qu'elles n'envisageaient qu'une parcelle d'un problème plus général. Il paraît artificiel, à l'heure actuelle, de rechercher la substance de l'acte juridique dans son intention, ou dans la seule déclaration. La véritable solution réside dans une conciliation entre la puissance de la volonté individuelle et la sécurité des transactions. « Willenstheorie » et « Erklärungstheorie » sont tout au plus des mots commodes pour désigner l'épanouisse-

(84) Cf. GOUNOT, thèse précitée.

(85) RIEG (A.) : « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand », L.G.D.J., Paris, 1961, p. 8.

ment de la volonté humaine prise avec le besoin social de sécurité. Comment ce conflit a-t-il été résolu ? Là est le point central de nos investigations » (86).

Dans son examen de l'acte juridique, la doctrine privatiste semble donc exclure à l'heure actuelle tout à priori, du moins tout à priori sur le problème de fond. Dans son analyse des conditions de validité, elle ne tend pas à expliquer comment ces solutions sont compatibles avec un principe, mais simplement à montrer les principes qui régissent ces solutions.

Tel doit être, croyons-nous, le but de toute recherche en droit public. L'étude de l'acte administratif ne doit pas être conduite à partir d'un principe qui déterminerait le régime juridique de cet acte. Ce régime juridique nous est donné par le droit positif et ce droit positif peut remettre en cause les principes qui ont pu, un moment, permettre de l'expliquer. Dès lors on doit tenir pour fondamentale au départ cette possibilité de changement.

Plus encore cette possibilité de changement doit nous guider dans l'analyse du droit positif. Il est donc essentiel de connaître le cadre à l'intérieur duquel elle s'inscrit, et de conduire l'analyse à partir de ce cadre.

Ce cadre est le même en droit public qu'en droit privé : c'est l'acte juridique. L'acte juridique constitue en effet une catégorie juridique irréductible à laquelle appartiennent aussi bien les actes juridiques de droit privé que les actes administratifs. Et l'acte juridique forme une donnée immuable parce qu'il est un de ces concepts de base qui constituent « ce qu'on appelle couramment la technique juridique » (87).

Or en droit administratif, le principe de légalité, la prétention affirmée par le juge de ne contrôler que la légalité des actes administratifs ont fait perdre de vue cette réalité que les actes administratifs, comme les actes de droit privé, sont des actes de volonté. Il paraît donc opportun de faire porter l'observation sur l'élément volontaire de l'acte administratif tant parce que dans un certain nombre d'hypothèses le juge ne paraît pas se borner au contrôle de la légalité, que parce que notre connaissance de l'acte administratif ne peut qu'être enrichie si l'on attaque son étude de front et non de façon indirecte, par le biais des ouvertures du recours pour excès de pouvoir.

(86) RIEG (A.), *op. cit.*, p. 9.

(87) LAUBADERE (A. de), *traité précité*, t. I, p. 15.

Il convient donc de s'inspirer des analyses des civilistes qui, à la différence des publicistes, ont toujours mis la volonté au premier rang de leur observation.

§ IV. — *L'objet de l'étude : l'analyse de l'acte administratif à partir du rôle de la volonté de son auteur.*

Etudier le rôle de la volonté dans les actes juridiques, en particulier dans les actes administratifs, consiste à essayer de montrer quelle est la part attribuée par le droit positif à la volonté de l'auteur de l'acte dans la détermination des effets de cet acte et à étudier les conditions de validité des actes administratifs à partir du rôle que la volonté joue dans chacun d'eux. En effet si la volonté joue un rôle minimum dans tout acte juridique puisque lorsque l'on est en présence de tels actes, il y a une liaison nécessaire entre la réalisation des effets de droit et la volonté de l'auteur de l'acte, toute manifestation de volonté faite avec l'intention de produire des effets de droit n'entraîne pas la réalisation de ces effets. Ces effets se produiront uniquement dans la mesure où le droit positif le permet.

En effet l'acte juridique a une nature complexe et comme tout acte juridique, l'acte juridique administratif possède une telle nature : « L'acte administratif est... l'aboutissement d'une série de données objectives et subjectives étroitement liées les unes aux autres dans un ensemble complexe et qui conditionne ce que l'on peut appeler, au sens large, la légalité de l'acte » (88). Il apparaît dès lors fondamental de déterminer dans un acte juridique ce qui relève de la volonté de l'auteur de l'acte et ce qui dépend de la réglementation objective. L'équilibre de tels éléments varie profondément entre les actes juridiques à tel point que cette différence permet de diviser les actes administratifs en deux catégories.

En effet certains actes administratifs ne sont que l'exécution d'une obligation déterminée imposée par la loi. D'autres, au contraire, sont l'expression d'une volonté autonome.

Dans les premiers le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est réduit au minimum puisque, d'une part le contenu de l'acte est déterminé par la loi, d'autre part l'acte doit obligatoirement être

(88) GANDOLFI (A.) : « Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir », J.C.P., 1964, I, 1835, n° 2.

pris. Le rôle de la volonté, s'il subsiste, est uniquement formel : c'est la raison pour laquelle on peut qualifier ces actes d'actes exécution d'une obligation de vouloir.

Dans les seconds, au contraire, le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est déterminant en ce que, soit l'auteur fixe librement le contenu de l'effet de droit, soit, le contenu de l'effet de droit étant prédéterminé, l'auteur décide librement qu'il se produise. Les actes appartenant à cette seconde catégorie peuvent être appelés actes exercice d'un pouvoir de vouloir car ils sont toujours l'expression d'un pouvoir octroyé par une norme juridique à une volonté.

Il est important de bien préciser la différence du rôle joué par la volonté dans ces deux catégories d'actes pour deux raisons :

1°) on attribue généralement un rôle résiduel à la volonté de l'autorité administrative compétente lorsqu'elle prend un acte administratif. La mise en évidence du rôle purement formel joué par la volonté de l'auteur de l'acte dans les actes exécution d'une obligation de vouloir permet de mettre en évidence le rôle essentiel que joue la volonté de l'auteur d'un acte exercice d'un pouvoir de vouloir.

2°) la distinction proposée permet de mettre au jour des différences significatives quant aux conditions de validité des deux catégories d'actes administratifs. La validité des premiers dépend en effet, étant donné le rôle formel qu'y joue la volonté, uniquement de la réalisation objective de l'obligation déterminée par la loi. La validité des seconds dépend au contraire, dans une certaine mesure, d'éléments subjectifs, en particulier de l'absence de vice de la volonté de leur auteur.

L'effort de classification débouche sur un intérêt pratique certain. La distinction entre deux catégories d'actes administratifs permet d'expliquer comment le juge apprécie la validité des actes administratifs, ce qui nous conduit à adopter le plan suivant :

— *Première partie* : classification des actes administratifs en fonction du rôle de la volonté de leur auteur.

— *Deuxième partie* : l'appréciation de la validité des actes administratifs en fonction du rôle de la volonté de leur auteur.

PREMIÈRE PARTIE

CLASSIFICATION
DES ACTES ADMINISTRATIFS
EN FONCTION DU RÔLE DE LA VOLONTÉ
DE LEUR AUTEUR

Les effets de droit créés par un acte juridique, et par conséquent le rôle de la volonté, sont extrêmement variables. Il faut en effet remarquer que « les variations successives par où peut passer un droit déterminé ne s'analysent point en des créations graduelles de droits nouveaux » (1).

On établit généralement une distinction entre les actes qui créent un droit nouveau ou une obligation nouvelle et les actes qui permettent seulement à un droit ou à une obligation de produire leurs effets.

Les premiers sont appelés constitutifs s'ils créent un droit entièrement nouveau au profit d'une personne déterminée ou d'un groupe de personnes, translatifs s'ils confèrent à une personne un droit qui appartenait auparavant à une autre, mais ces deux catégories d'actes présentent la caractéristique commune de créer un rapport de droit nouveau qui n'existait pas auparavant.

Les seconds sont appelés actes déclaratifs et peuvent être définis comme des actes qui permettent à un droit préexistant, mais inefficace, de produire ses effets (2).

M. Merle a précisé avec une particulière clarté la distinction qui oppose ainsi les actes constitutifs ou translatifs aux actes déclaratifs. Il a notamment remarqué que l'objet des actes déclaratifs est toujours constitué par un droit préexistant qui présente toujours la caractéristique d'être inefficace, entravé dans son exercice (3).

Cette inefficacité du droit préexistant est fondamentale puisque la fonction juridique de l'acte déclaratif sera de la faire disparaître et c'est par là qu'il se distingue des actes constitutifs ou translatifs : « Tout acte déclaratif est essentiellement complexe et se caractérise abstraitement par deux aspects complémentaires : il n'a aucun effet

(1) CARRE de MALBERG (R.) : « Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation », S., 1933, n° 65, p. 105.

(2) MERLE (R.) : « Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif », thèse, Toulouse, 1948, p. 302.

(3) MERLE (R.), op. cit., p. 291 : « L'observation des divers actes juridiques auxquels on reconnaît généralement un caractère déclaratif fait apparaître deux éléments constants : tout acte déclaratif a pour objet un droit préexistant, mais ce droit préexistant présente toujours la particularité d'être inefficace, entravé dans son exercice ».

sur la création ou sur le transfert du droit qui constitue son objet, mais il a un effet positif sur l'efficacité de ce droit. Chacun de ces deux éléments principaux a une valeur propre : le premier enlève au second toute influence éventuelle sur la création ou le transfert du droit et explique comment l'acte déclaratif, tout en modifiant ou en transformant la situation déclarée, n'est jamais constitutif ou translatif. Le second élément exprime le dynamisme de l'acte déclaratif et son utilité véritable laissée dans l'ombre par les classiques qui, oubliant que tout acte juridique « a pour but de produire un changement dans l'ordonnement juridique » déniaient à l'acte déclaratif toute action sur le fond du droit » (4).

1°) L'existence d'actes administratifs déclaratifs semble être admise explicitement ou implicitement depuis longtemps.

Carré de Malberg l'avait soulignée avec force en montrant qu'il y avait lieu de faire entre les actes pris à la suite des lois par les autorités publiques, « une distinction générale, selon qu'ils se bornent à reproduire, en l'appliquant à une espèce actuelle, une règle de droit fixée de toute pièce et ne variatur, pour toutes les espèces de ce genre soit par la loi, soit par un autre acte antérieur à eux et qui leur impose sa supériorité, ou qu'au contraire ils édictent une mesure ou une décision dont l'adoption dépendait plus ou moins librement de facultés d'appréciations propres appartenant à leur auteur en vertu des règles de droit en vigueur. Il est manifeste, à tout le moins, que la portée créatrice de l'activité exercée par les autorités compétentes n'est pas la même dans les deux cas » (5).

Ainsi, toutes les fois que la règle posée par la loi fixe par elle-même et intégralement sur le point qu'elle vise, le droit qu'auront à appliquer les autorités subordonnées au législateur « il y a lieu... de substituer à la théorie de la gradation de la formation du droit la constatation d'une gradation qui ne porte que sur les états successifs du droit créé par la loi et s'acheminant vers son exécution » (6).

Plus récemment M. Kornprobst remarquait que lorsque l'administration prend des décisions dont le droit applicable prévoit tout à la fois la nécessité et le contenu, c'est-à-dire lorsque la loi dicte sa conduite à l'administrateur, « l'action de ce dernier a pour seul objet et pour résultat nécessaire d'appliquer à un cas particulier les dispositions préexistantes qui en règle le sort sans aucun pouvoir

(4) MERLE (R.), *op. cit.*, p. 302-303.

(5) CARRE de MALBERG (R.) : « Confrontation... », *op. cit.*, n° 60, p. 96.

(6) *Eod. loc.*, n° 65, p. 105.

d'appréciation. Cette action s'exerce donc un peu à la manière d'un simple catalyseur dont l'intervention est nécessaire mais qui provoque ou accélère une réaction sans y participer lui-même » (7).

On pourrait donc appliquer la distinction entre les actes constitutifs ou translatifs et les actes déclaratifs aux actes administratifs, mais les actes déclaratifs qui interviennent dans les hypothèses sus-analysées présentent une spécificité qu'il est essentiel de souligner.

2°) L'acte déclaratif qui intervient lorsque la conduite de l'administrateur lui est dictée par la réglementation juridique est « un acte dont l'administration n'est pas maître, pour lequel elle perd jusqu'à la faculté d'agir ou de s'abstenir » (8).

On exprime généralement cette idée par la notion de compétence liée qui est définie comme « une obligation d'agir ou de s'abstenir et en cas d'action, d'agir dans un sens déterminé » (9).

Lorsque l'administration voit sa compétence liée elle doit donc prendre obligatoirement un acte ayant un certain contenu.

C'est bien ce que semble exprimer M. Kornprobst en affirmant que « la compétence est généralement définie comme le pouvoir de l'autorité qui en est investie, ou à qui elle est attribuée d'exprimer sa volonté, la liaison de la compétence signifie donc la liaison de ce pouvoir et par là de la volonté » et que « le droit à l'acte » traduit une réalité qui est caractéristique des effets de la compétence liée » (10).

En droit privé on trouve bien des actes qui ont pour objet une obligation de leur auteur. Mais en droit privé soit l'acte est déclaratif d'une obligation antérieure de son auteur et il n'est pas lui-même obligatoire, soit l'acte est obligatoire mais il est alors constitutif d'un rapport de droit nouveau même s'il peut apparaître par certains côtés comme l'exécution d'une obligation (11).

Un exemple de la première hypothèse est fourni par la reconnaissance d'enfants naturels ou l'aveu : ces actes ont bien pour objet une obligation antérieure de leur auteur, mais ils ne présentent eux-mêmes aucun caractère obligatoire.

(7) KORNPROBST (B.) : « La compétence liée », R.D.P., 1961, p. 936.

(8) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 936.

(9) Eod. loc., p. 941.

(10) Eod. loc., p. 940 et 952.

(11) L'expression « acte obligatoire » employée ici et dans la suite des développements n'est pas employée dans son sens courant. Par acte obligatoire on entend généralement acte créateur d'obligations. Par acte obligatoire, nous entendons acte résultant d'une obligation. Lorsque l'expression sera employée dans son sens courant toutes précisions seront apportées.

Un exemple de la deuxième hypothèse peut être trouvé dans la loi du 27 février 1958 qui oblige le propriétaire d'un véhicule terrestre à moteur d'assurer sa responsabilité. Dans ce cas le propriétaire du véhicule est bien obligé de vouloir mais sa volonté apparaît nécessaire pour que soit constitué le rapport de droit existant entre lui et l'assureur et par conséquent l'acte est en partie constitutif.

En droit administratif au contraire les actes unilatéraux qui interviennent lorsque la conduite de l'action de l'autorité administrative est entièrement déterminée sont à la fois déclaratifs et obligatoires pour leurs auteurs.

3°) Cependant pour l'ensemble de la doctrine les données particulières à l'ordre administratif entraîneraient l'existence d'un pouvoir au profit des autorités administratives même quand la conduite de celle-ci serait entièrement dictée à l'avance par la réglementation juridique. Dans une telle hypothèse, l'emploi du terme compétence liée se justifierait par le fait que la compétence de l'autorité administrative demeurerait et que cette autorité continuerait « à manifester son « pouvoir de vouloir », à user de son aptitude légale à émettre un acte juridique » (12). Ce pouvoir serait identique au pouvoir discrétionnaire que possède, dans un grand nombre de cas, une autorité administrative, et qui consiste dans la possibilité, offerte à cette autorité par le droit positif, de choisir entre l'action et l'abstention, voire de déterminer le contenu de son action.

Or, s'il est vrai que le pouvoir qu'exprime une autorité administrative quand elle édicte un acte juridique, alors que sa conduite est entièrement déterminée par la réglementation juridique, est un pouvoir spécifique, qui ne se rencontre pas en droit privé, il n'en va pas de même du pouvoir qui appartient à une autorité administrative quand la norme juridique n'a pas entièrement déterminé sa conduite. La volonté de l'auteur de l'acte joue un rôle différent dans ces deux catégories d'actes et la mise en lumière du rôle de la volonté de l'auteur de l'acte dans les actes administratifs modifie l'optique en fonction de laquelle on envisage les conditions de légalité de ces actes.

(12) KORNPORST (B.), art. précité, p. 938.

CHAPITRE PREMIER

LES FONDEMENTS D'UNE CLASSIFICATION DUALISTE DES ACTES ADMINISTRATIFS

(LA DISTINCTION ENTRE LES ACTES EXERCICE D'UN POUVOIR
DE VOULOIR ET LES ACTES EXECUTION D'UNE OBLIGATION
DE VOULOIR)

L'existence en droit administratif d'actes à la fois déclaratifs et obligatoires pour leurs auteurs conduit à proposer une distinction entre les actes exécution d'une obligation de vouloir, et les actes exercice d'un pouvoir de vouloir. L'emploi d'une terminologie nouvelle est-elle véritablement justifiée ? La distinction entre ces deux catégories d'actes administratifs ne relève-t-elle pas d'une phraséologie inutile qui complique les problèmes au niveau des concepts sans pour autant les résoudre ?

Molière ne pourrait-il se moquer du jeune chercheur, comme il le faisait des médecins, dont les phrases latines constituaient, si l'on en croit le célèbre auteur, l'essentiel de la science ?

Si nous nous risquons malgré tout à la formuler c'est uniquement parce que l'opposition du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée masque le point de vue, que nous croyons consacré par le droit positif, selon lequel le pouvoir de l'administration n'a ni la même source, ni le même caractère suivant la catégorie d'actes en présence de laquelle on se trouve.

Cette différence apparaît si l'on examine le rôle joué par les normes juridiques ou la réglementation juridique par rapport à chacune des deux catégories d'actes que nous proposons de distinguer et le rôle qui, dans chacune d'entre elles, est attribué à l'auteur de l'acte.

SECTION I

LE ROLE DE LA NORME JURIDIQUE PAR RAPPORT
AUX ACTES ADMINISTRATIFS

Le rôle joué par la norme juridique est fondamentalement différent suivant qu'on se trouve en présence d'un acte d'exécution d'une obligation de vouloir ou en présence d'un acte d'exercice d'un pouvoir de vouloir.

Mais alors que le rôle de la norme juridique est relativement facile à déterminer pour les actes d'exercice d'un pouvoir de vouloir, il l'est beaucoup moins pour les actes d'exécution d'une obligation de vouloir.

§ I. — *La norme juridique organisatrice d'un pouvoir de vouloir.*

Dans les actes d'exercice d'un pouvoir de vouloir le rôle de la norme juridique est variable, mais cette norme laisse toujours subsister une faculté de choix pour l'auteur de l'acte.

Il faut d'abord observer que pour tout acte juridique la norme juridique joue un rôle nécessaire.

Au minimum, elle doit prévoir l'existence d'un pouvoir octroyé à une volonté : si une règle de droit n'a pas attaché à une manifestation de volonté la possibilité de produire des effets de droit, ceux-ci ne pourront valablement se produire.

Mais nécessaire, la norme juridique joue dans ces actes un rôle limité.

Dans les actes constitutifs la réglementation juridique fournit seulement les éléments nécessaires à l'action de la volonté de l'auteur de l'acte.

Dans les actes déclaratifs d'exercice d'un pouvoir de vouloir, la règle de droit détermine le résultat final de l'action, l'obligation ou le droit qu'un tel acte peut constater et rendre effectif, mais laisse à l'auteur de l'acte la faculté d'échapper aux effets de ce droit ou de cette obligation s'il le désire. Ainsi une dette de l'Etat est prescrite au bout de quatre ans, mais elle constitue pour l'administré un droit et pour l'Etat une obligation que les autorités compétentes qui le représentent peuvent librement décider d'exécuter : l'autorité administrative n'est pas obligée d'opposer la déchéance quadriennale

(C. E. 18 avril 1958, Guern, p. 214) et l'acte de paiement constitue l'exécution volontaire d'une obligation que l'on qualifie en droit privé d'obligation naturelle (13).

Une telle faculté n'est pas offerte par la norme juridique régissant un acte exécution d'une obligation de vouloir.

§ II. — *La norme juridique organisatrice d'une obligation de vouloir.*

La norme juridique organisatrice d'une obligation de vouloir crée une obligation de résultat et ne laisse à l'autorité compétente aucune faculté pour échapper aux effets de l'obligation qu'elle crée.

1°) *Ce qui rend particulièrement délicat le problème du rôle de la réglementation juridique à l'égard des actes exécution d'une obligation de vouloir, et en même temps ce qui rend insuffisant pour ces actes l'appel à la notion de compétence liée, c'est que l'on ne voit dans les hypothèses regroupées sous ces termes qu'une limite particulièrement stricte imposée à l'action des autorités administratives, sans s'apercevoir que la réglementation juridique détermine en réalité dans ces cas le résultat final de cette action.*

Une limite particulièrement stricte à l'action des autorités administratives : telle est bien l'analyse qui est habituellement faite des hypothèses qualifiées de compétence liée.

M. Kornprobst affirme ainsi que lorsqu'on parle de compétence liée, il s'agit de cas où le doute n'est pas permis, où l'administration ne peut se tromper car elle doit automatiquement agir de façon donnée et que « cet automatisme, ou plus exactement, cette automaticité de l'action administrative est, sans nul doute, le trait original, l'élément essentiel, l'origine des caractéristiques de la compétence liée » (14).

De même M. Letourneur range dans la catégorie des actes pour lesquels l'administration a une compétence liée « les actes pour lesquels l'autorité administrative est, par la loi, d'une part, tenue d'agir, d'autre part, tenue d'agir dans un sens déterminé » et recherche quelles sont les conséquences de ces deux obligations (15).

(13) Cette analyse de la déchéance quadriennale ne paraît plus exacte depuis la loi du 31 décembre 1968 (cf. AMSELEK : « La nature de la déchéance quadriennale depuis la loi du 31 décembre 1968 », A.J.D.A., 1970, p. 465.

(14) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 939.

(15) LETOURNEUR (M.), E.D.C.E., 1962, fasc. 16, p. 52.

Enfin M. Timsit affirme que « la notion de compétence liée n'apparaît... que comme un aspect extrêmement particulier de la notion de compétence réglementée » (16).

Or, une telle analyse a des conséquences importantes : elle conduit à affirmer que l'administration continue à manifester dans ces hypothèses son « pouvoir de vouloir » (17).

Cette affirmation est vraie dans un sens, mais dans un sens seulement. Si l'on entend par là que les particuliers ont besoin « pour obtenir satisfaction et que leur situation juridique soit modifiée dans le sens demandé, que l'acte juridique soit édicté » (18) rien n'est plus juste.

Il n'en va pas de même si l'on entend par là que le résultat final de l'action administrative, c'est-à-dire le rapport de droit existant entre l'administré et l'administration, est créé par l'acte lui-même et non par la norme juridique. En effet, dans ces hypothèses le résultat de l'action de l'autorité administrative constitue une obligation qui a sa source directement dans la règle de droit. C'est bien la réalisation de ce résultat que le Conseil d'Etat déclare obligatoire dès que la situation objective à laquelle la réglementation juridique a subordonné la naissance de ce résultat est réalisée et pas seulement l'activité d'une autorité administrative qui consiste à prendre un acte juridique ayant un certain contenu.

Il est vrai que le Conseil d'Etat emploie parfois des formules qui laissent penser que c'est seulement l'activité de l'autorité administrative compétente qui est déterminée par la réglementation juridique et non le résultat de cette activité. Ainsi le Conseil d'Etat affirme parfois dans ses arrêts qu'un préfet est tenu de refuser une dérogation (19) ; que les circonstances obligent un préfet à rejeter des demandes (20) ; qu'un conseil de révision est tenu de rejeter une demande de dispense des obligations des activités du service national (21) ; que le gouvernement est tenu de mettre fin aux fonctions des maires des arrondissements de Paris dès qu'ils atteignent la limite d'âge de 70 ans (22) ; que l'administration est tenue de mettre fin à

(16) TIMSIT (G.) : « La compétence liée et le principe de légalité », D., 1964, chronique, p. 218.

(17) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 939.

(18) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 938.

(19) C.E., 18 mars 1970, Rodde, p. 208.

(20) C.E., Sect., 22 octobre 1965, Ministre de l'éducation nationale contre demoiselle Parayre et autres, p. 544.

(21) C.E., Sect., 9 octobre 1970, Dame et sieur Faceto.

(22) C.E., 18 juin 1965, Sieur Bellet, p. 370.

une autorisation illégale (23), qu'un maire est légalement tenu de faire cesser une situation irrégulière (24), qu'un préfet ne peut légalement autoriser l'organisation de spectacles qui sont contraires à certaines dispositions du code pénal (25), que le gouvernement ne peut plus légalement prononcer des intégrations après une certaine date (26)., que l'intervention de décisions individuelles présente un caractère obligatoire (27).

Mais dans d'autres arrêts le Conseil d'Etat marque bien que cette nécessité de l'action n'est que le moyen de réaliser une obligation constituée par le résultat de l'action lui-même. Souvent en effet, le Conseil d'Etat emploie le passif au lieu de l'actif, le substantif au lieu du verbe.

Il affirme par exemple qu'aucune titularisation de personnes remplissant les conditions prévues par la loi du 26 septembre 1951 ne peut légalement être prononcée dans les cadres spéciaux des bases aériennes (28) ; que l'article 35 du code de l'urbanisme doit obligatoirement entraîner le rejet d'une demande d'autorisation pour un établissement (29) ; qu'une demande d'attribution d'une pension proportionnelle présentée par un militaire qui ne justifie pas 15 ans accomplis de service militaire effectif ne peut en aucun cas être accueillie (30) ; que les conseils municipaux ne pouvant attribuer à leurs agents des traitements d'un montant supérieur à celui qui résulte de l'application des échelles fixées par arrêté du ministre de l'intérieur, une délibération attribuant à un agent un montant supérieur à celui fixé par un tel arrêté ne peut être approuvé par le préfet (31) ; qu'il résulte de certaines dispositions que si les terrains à bâtir sont inclus dans le périmètre à remembrer, ils doivent être réattribués à leurs propriétaires (32).

Parfois les considérants du Conseil d'Etat prouvent mieux encore que la réglementation juridique crée directement au profit de l'ad-

(23) C.E., 16 novembre 1960, Epoux Gachet, tables, p. 878.

(24) C.E., 20 novembre 1961, Ville d'Agen, p. 668.

(25) C.E., 10 février 1967, Sieur Munoz, p. 69.

(26) C.E., Sect., 13 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires économiques c/ Barreau, p. 529.

(27) C.E., 14 mars 1962, Sieur Gaillard, p. 167.

(28) C.E., 21 avril 1961, Mendez, p. 251.

(29) C.E., Sect., 16 novembre 1962, Société industrielle de tôlerie et d'usinage mécanique, p. 608.

(30) C.E., Sect., 5 juillet 1964, Sieur Benbahi, p. 406.

(31) C.E., 6 février 1969, Sieur Jémoli, p. 122.

(32) C.E., 27 novembre 1968, Sieur Maingueneau, p. 600.

ministéré un droit au résultat de l'action de l'autorité administrative : le Conseil d'Etat affirme par exemple que les dispositions de l'article L 27, deuxième alinéa, du code de la sécurité sociale institue, au profit des groupements mutualistes dont l'effectif et l'organisation le permettent, un droit à remplir le rôle de section locale de caisse primaire de sécurité sociale (33).

Le législateur ne laisse d'ailleurs dans un certain nombre de cas aucune ambiguïté sur l'objet de l'obligation ou du droit qu'il entend créer à la charge des administrations ou au profit des administrés. Quand un article comme l'article L 258 du code électoral prévoit expressément qu'il doit être remédié à l'insuffisance numérique du conseil municipal par des élections complémentaires, c'est bien le résultat final de l'action de l'autorité administrative qui s'impose à elle (34). De même quand l'article 3 de la loi du 2 août 1954 prévoit que « toute entreprise de presse qui fonctionnait avant le 1^{er} janvier 1953 et qui, à la date de la promulgation de la présente loi, utilisera des biens de presse, aura droit à l'attribution desdits biens », c'est l'attribution, résultat final de l'action de l'autorité administrative, qui constitue le droit de l'entreprise de presse, et pas seulement la nécessité pour l'autorité administrative de prendre l'acte d'attribution (35).

Et ces obligations de l'administration, ces droits au résultat de l'action de l'autorité administrative naissent bien dès que la situation objective à laquelle la réglementation juridique a subordonné leur existence est réalisée. C'est ce qu'affirme explicitement le Conseil d'Etat dans un arrêt de 1959 en soulignant que le fondement du droit aux allocations familiales se trouvait dans l'accomplissement de la condition d'âge définie par la loi (36).

Ainsi l'obligation de vouloir apparaît uniquement comme un moyen nécessaire pour réaliser une obligation qui réside dans le résultat de ce vouloir.

L'acte exécution d'une obligation de vouloir n'est pas nécessaire à la création des droits et obligations qui se réaliseront après lui. Il était essentiel de préciser ce point, ce rôle fondamental de la réglementation juridique, car il est déterminant pour expliquer le régime juridique de ces actes.

(33) C.E., 10 mars 1967, Mutuelle générale des travailleurs des Bouches-du-Rhône, p. 114.

(34) C.E., 18 décembre 1968, Sieur Durand, sieur Babero et autres, p. 657.

(35) C.E., 30 janvier 1963, Société « Le journal », p. 55.

(36) C.E., 18 mars 1959, Union départementale des associations familiales, A.J.D.A., 1959, II, p. 199.

Mais si la norme juridique crée bien dans les hypothèses que nous venons d'évoquer un droit et une obligation qui résident dans le résultat final de l'action de l'autorité administrative, cette obligation et ce droit sont inefficaces. Ils ne se réaliseront pas sans l'intervention d'un acte juridique.

On peut se demander si la norme juridique organisatrice d'une obligation de vouloir, ne laisse pas à l'auteur de l'acte la possibilité d'échapper à l'obligation de résultat qu'elle crée.

2°) L'acte exécution d'une obligation de vouloir concerne bien un droit préexistant, ne le crée pas, mais ce droit ne peut réaliser ses effets propres sans lui.

C'est dans cette mesure que l'affirmation de M. Kornprobst selon laquelle « il est des actes dont on a besoin qu'ils soient faits, même s'ils sont obligatoires pour leurs auteurs : autorisation, délivrance de décisions » est justifiée (37). Sans l'intervention de ces actes les droits des administrés seront inefficaces, entravés dans leur exercice.

Mais il faut préciser la source de cette inefficacité.

Selon M. Merle, les sources de l'inefficacité d'un droit sont multiples, mais il semble que l'on puisse en distinguer deux sortes, une inefficacité pratique et une inefficacité juridique (38).

L'inefficacité pratique résulte d'obstacles matériels. Le plus souvent le droit ne peut s'exercer parce que son existence est incertaine : dans les cas les plus fréquents le droit est rendu incertain et inefficace par la contestation dont il est l'objet de la part des personnes à qui on l'oppose. Une telle inefficacité pratique existe bien pour les droits objet de l'acte exécution d'une obligation de vouloir : quand l'administration refuse de prendre un acte constatant l'existence d'un droit, le droit de l'administré ne peut s'exercer parce qu'il n'est pas reconnu. Parfois l'inefficacité pratique réside dans l'indétermination de certains éléments préexistants. Ainsi en droit privé le titulaire d'un droit de créance ne peut exercer son droit tant que le montant de la créance n'est pas précisé : « La victime d'un délit ou d'un quasi délit a bien un droit de créance dès le jour où elle a subi un dommage, mais ce droit reste théorique, il doit être fixé » (39).

(37) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 938.

(38) Cf. MERLE (R.), *op. cit.*, p. 296 et suivantes.

(39) MERLE (R.), *op. cit.*, p. 297.

Cette source d'inefficacité d'un droit se rencontre en droit administratif lorsque la réglementation juridique n'a pas fixé entièrement le contenu du droit des administrés, ou l'a fixé de manière abstraite.

Ainsi lorsque l'administration cause un dommage à un particulier entraînant sa responsabilité, la victime possède bien un droit de créance à l'égard de l'administration mais ce droit reste inefficace pratiquement tant que le montant de la créance n'a pas été déterminé soit par accord entre l'administration et le particulier, soit par le juge.

De même le droit du propriétaire riverain du domaine public naturel est entaché d'une inefficacité pratique tant que l'autorité administrative n'a pas délimité ce domaine. En effet avant la délimitation les limites de la propriété du riverain demeurent incertaines (40).

Mais cette inefficacité pratique qui entache le droit d'un administré ou l'obligation de l'administration lorsque la norme juridique a organisé une obligation de vouloir peut être effacée par le juge. Le juge administratif dispose des pouvoirs les plus larges pour constater l'existence du droit de l'administré ou l'obligation de l'administration (41). Toutefois, cette simple disparition de l'inefficacité pratique ne suffit pas à rendre effectif le droit correspondant à l'obligation de l'administration.

En effet, l'inefficacité pratique n'est pas la seule cause qui paralyse l'exécution d'un droit ou d'une obligation organisés par la norme juridique. Un droit peut être entaché d'inefficacité juridique. Celle-ci a sa source tantôt dans la volonté expresse du législateur, tantôt dans une infirmité inhérente au droit lui-même (42).

Dans le premier cas le législateur frappe à priori certains droits d'inefficacité et subordonne, non leur existence, mais la production de leurs effets à la réalisation d'une formalité particulière : ainsi le lien de parenté naturelle existe de plein droit en dehors de toute formalité, du seul fait de la naissance mais il ne produira ses effets que si le titre de filiation de l'enfant est constitué dans une forme solennelle : reconnaissance volontaire ou jugement.

Dans le second cas l'inefficacité juridique tient à l'infirmité du droit lui-même : ainsi un droit prescrit est inefficace.

(40) Remarquons que l'acte administratif qui intervient alors est un acte administratif exécution d'une obligation de vouloir : cf. C.E., 5 janvier 1955, *Decloitre* p. 1, concl. Grévisse.

(41) Cf. C.E., 15 juillet 1964, *Ministre de la santé publique c/ Lalo*, p. 435.

(42) Cf. MERLE (R.), *op. cit.*, p. 297-298.

Mais cette inefficacité a habituellement sa source dans la possibilité laissée par une norme juridique à une volonté d'échapper aux effets d'une obligation (43).

Tel n'est pas le cas quand la norme juridique a organisé une obligation de vouloir. L'inefficacité juridique dont les droits des administrés sont entachés ne découle pas d'une liberté laissée à l'auteur de l'acte par la norme juridique puisque celle-ci prévoit, tout au contraire, l'obligation pour l'auteur de l'acte d'émettre celui-ci.

En réalité le pouvoir qui résulte de la possibilité pour l'autorité administrative de refuser d'émettre un tel acte a une autre source que la norme organisant l'obligation de vouloir : il résulte comme nous allons le voir de la nécessité de respecter l'indépendance de l'administration et la spécificité de la fonction administrative.

SECTION II

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ SOURCE D'UNE DISTINCTION ENTRE LES ACTES ADMINISTRATIFS

Le rôle de la volonté de l'auteur d'un acte juridique permet de définir l'étendue du pouvoir dont cet acte est l'expression.

Puisque l'acte juridique se présente comme la manifestation d'un pouvoir, c'est à partir du rôle de la volonté de l'auteur de l'acte que toutes classifications des actes juridiques s'établissent.

L'examen du rôle de la norme juridique était toutefois nécessaire pour mieux cerner le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte qui constitue la source de la distinction proposée.

Ce rôle de la volonté de l'auteur de l'acte varie profondément dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir et dans les actes exécution d'une obligation de vouloir.

Dans les premiers la volonté de l'auteur de l'acte joue un rôle essentiel, en ce sens que son intervention est nécessaire soit pour la création d'un droit ou d'une obligation, soit pour la détermination du contenu d'un droit ou d'une obligation.

(43) Cf. *supra*, p. 43 et *infra*, p. 69.

Dans les seconds le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est purement formel, en ce sens que l'acte ne fait que constater une obligation de l'administration dont l'existence et le contenu résultent de la réalisation d'une situation objective (44).

§ I. — *Le rôle de la volonté dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir.*

Dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, la naissance de la situation juridique, des effets de droit qui se réaliseront une fois l'acte intervenu, dépend de la volonté de l'auteur de l'acte (45).

Il faut entendre par là que, lorsqu'un acte juridique est l'exercice d'un pouvoir de vouloir, le résultat final de cet acte a sa source, sinon son fondement, dans la volonté de son auteur.

La réglementation juridique n'offre dans ces hypothèses, quant à ce résultat, qu'une possibilité, qu'un pouvoir être ; la volonté de l'auteur de l'acte réalise le passage de ce pouvoir être à l'être, de la situation juridique possible à la situation juridique existante. Autrement dit, la réaction que constitue tout acte juridique en face d'une situation objective est déterminée librement, dans le cadre de la réglementation par la volonté de l'auteur de l'acte.

Cela n'est pas incompatible avec le fait « qu'une certaine organisation des relations entre les situations objectives et les actes juridiques doit être prévue » et qu'une relation de la réalité extérieure à l'acte soit objectivement prévue, c'est-à-dire déterminée par la réglementation juridique (46). Mais il faut souligner que cette relation ne détermine pas le résultat final de l'action de l'auteur de l'acte, qu'on ne peut considérer comme purement résiduel le rôle de la volonté de celui-ci dans la réalisation de ce résultat, que tout au contraire sa volonté joue un rôle essentiel.

(44) Par situation objective il faut entendre ici et dans la suite des développements, une situation concrète de fait ou de droit et non une situation générale et impersonnelle. Ces précisions paraissent d'autant plus nécessaires que les publicistes emploient généralement l'expression dans le second sens, depuis que Léon Duguit l'a dégagé.

(45) Il faut noter que la volonté de l'auteur de l'acte a parfois pour rôle de rendre efficace un droit inefficace ou de protéger l'efficacité d'un droit dans des actes qui sont malgré tout l'exercice d'un pouvoir de vouloir : un acte déclaratif peut être l'exercice d'un pouvoir de vouloir. Nous avons vu qu'il en est toujours ainsi en droit privé, même si l'acte a pour objet une obligation de son auteur.

(46) VEDEL (G.), *op. cit.*, p. 305 et 315.

1°) Tel est bien le rôle que joue la volonté de l'autorité administrative compétente dans les actes pour lesquels on affirme que cette autorité possède un certain pouvoir discrétionnaire. A partir d'éléments qui lui sont fournis par la règle de droit et face à une situation objective, il dépend de la volonté de cette autorité que tel résultat soit atteint ou non. Peu importe que le contenu de ce résultat, c'est-à-dire le contenu de l'acte, soit déterminé par la réglementation juridique ou par la volonté de l'auteur de l'acte : l'essentiel est qu'il dépende de la volonté de cet auteur que ce résultat se produise ou non.

Il faut remarquer que, sous cet aspect, le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte n'est pas différent en droit public et en droit privé. On trouve en droit privé des contrats dont les clauses sont impérativement fixées par le législateur. Même pour ces types de contrats « la volonté subsiste : par exemple le voyageur peut refuser les conditions imposées par le tarif ferroviaire et adopter un autre mode de locomotion » (47). Le rôle de la volonté de ce voyageur, qui accepte ou qui refuse l'offre qui lui est ainsi faite, n'est pas différent, sous l'angle de la liberté de détermination du résultat, de celui de l'autorité administrative, dont dépend l'inscription de tel ou tel site à l'inventaire des sites pittoresques d'un département.

En résumé la réglementation juridique, lorsqu'on est en présence d'un acte exerce d'un pouvoir de vouloir peut désigner à l'autorité administrative compétente, la voie qu'elle peut emprunter et celle-ci peut être plus ou moins étroite. Cependant il dépend de la seule volonté de l'autorité administrative de s'engager dans cette voie et d'effectuer le passage. Aussi bien a-t-on remarqué que la volonté de l'autorité administrative joue dans ces hypothèses un tel rôle. Ce rôle n'est-il pas implicitement attribué à l'autorité administrative par M. Waline lorsqu'il affirme : « Administrer, c'est précisément choisir dans le cadre de différentes décisions légalement possibles celle qui paraît le mieux correspondre aux exigences de l'intérêt public » (48). Un tel rôle n'est-il pas plus généralement admis par l'ensemble de la doctrine qui affirme que le pouvoir discrétionnaire réside dans la libre adéquation de l'objet de l'acte à ses antécédents objectifs ? Ce que nous nous contentons de mettre en avant c'est le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte dans la réalisation de cette adéquation. Dès lors, si la compétence peut être

(47) MAZEAUD (H., L. et J.) : « Leçons de droit civil », 4^e éd., Mont Christien, 1969, t. II, p. 43.

(48) WALINE (M.) : « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », E.D.C.E., 1956, p. 27.

définie comme « l'aptitude juridique des individus ou des organismes collectifs qui constituent les autorités administratives à passer des actes juridiques au nom d'une personne publique » et si elle constitue « un titre juridique permettant, à certaines conditions et dans certaines limites, de prendre des actes imputables à la personne publique » (49), le pouvoir de vouloir est un pouvoir qui appartient à l'autorité administrative compétente.

2^o) Le pouvoir discrétionnaire ou pouvoir de vouloir est un pouvoir qui appartient à l'autorité administrative compétente d'engager librement, la personne administrative qu'elle représente.

Une certaine conception du pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés pourrait en faire douter.

Elle consiste à admettre que « l'autorité hiérarchique suppose à la fois l'absence d'un réel pouvoir de décision chez les subordonnés (c'est-à-dire d'un pouvoir qui ne soit pas simplement apparent) et la possibilité reconnue au supérieur hiérarchique de faire certains actes ou de les corriger » (50).

La notion de hiérarchie supposerait que « tout agent soit placé sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique et d'autre part que ce supérieur dispose envers son subordonné d'une autorité s'analysant dans le droit pour celui-ci de faire prévaloir sa volonté personnelle » et qu'il dispose de ces pouvoirs, « alors même qu'aucun texte ne le prévoirait car leur existence serait tellement essentielle au mécanisme de notre administration qu'elle constituerait un principe général du droit reconnu et sanctionné par la jurisprudence » (51). Il faudrait en conclure avec M. Eisenmann, que si, en la forme, le subordonné hiérarchique « prend des décisions, réellement c'est au supérieur hiérarchique seul que ces pouvoirs appartiennent, c'est lui qui en dispose pouvant dicter les décisions à prendre, c'est-à-dire « lier » l'inférieur, qui n'a que des prérogatives formelles et essentiellement subalternes ou précaires » (52). La compétence ne serait jamais une prérogative de son titulaire, l'expression d'un pouvoir de celui-ci : « De ce principe que la décision administrative appartient au ministre seul, à moins de dispositions formelles légales, il résulte qu'il n'y a pas, en

(49) AUBY (J. M.) et DRAGO (R.) : « Traité de contentieux administratif », op. cit., t. II, p. 539, n° 1058.

(50) GROSHENS (J. C.) : « A propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration », A.J.D.A., 1966, p. 142.

(51) Eod. loc., p. 141.

(52) EISENMANN (Ch.), cité par GROSHENS (J. C.), in art. précité, p. 143.

dehors des ministres, d'agents subordonnés ayant un pouvoir de décision propre ; peu importe le nom, le titre, la fonction de l'agent subordonné » (53).

Mais les auteurs adoptant une telle analyse sont bien « obligés de reconnaître qu'elle ne rendait pas pleinement compte des pouvoirs du supérieur hiérarchique tels que le droit positif les connaissait » (54).

On peut même se demander si l'analyse du pouvoir hiérarchique aboutit vraiment, pour tous, à supprimer la compétence des autorités subordonnées lorsqu'elles en sont investies : « Affirmer... que le principe hiérarchique trouve sa raison d'être dans la nécessité de définir les fonctions publiques et d'assurer, en les limitant, leur bon exercice n'est-ce pas dire que le supérieur doit dès lors respecter les compétences dont ses subordonnés peuvent avoir été investis ? N'est-ce pas marquer la limite de l'autorité hiérarchique : celle-ci ne peut jouer qu'en l'absence de pouvoir propre reconnu aux subordonnés et, si ces attributions comportent ou impliquent une part de pouvoir discrétionnaire, le supérieur hiérarchique ne devra-t-il pas la respecter dans toute la mesure où la loi de compétence ne prévoit pas son intervention ? » (55).

L'examen du droit positif semble autoriser à affirmer que « ne conférant pas un droit subjectif, la compétence n'en définit pas moins une charge personnelle occupée par une autorité dans la hiérarchie, le supérieur de cette autorité ne peut valablement, en l'absence de toute habilitation, se substituer à elle » (56).

Certes sur le pouvoir d'ordonner ou sur le pouvoir de corriger qui permettrait à un organe de faire prévaloir sa volonté personnelle dans ses rapports avec un autre, la jurisprudence est extrêmement imprécise. Mais on peut penser que cette jurisprudence « mérite d'être rassemblée, telle qu'elle apparaît, dans un tout dont les parties ne soient pas contradictoires » (57).

Une telle attitude conduit à affirmer « que le supérieur hiérarchique n'est normalement pas à même de faire prévaloir sa volonté sur celle de son subordonné à partir du moment où celui-ci s'est trouvé investi d'une compétence — on emploie habituellement l'ex-

(53) Répertoire du droit administratif Béquet, contentieux administratif, n° 382 et suivants, t. VIII, p. 1891.

(54) GROSHENS (J. C.), art. précité, p. 144 qui en apporte les preuves dans la suite des développements.

(55) Eod. loc., p. 145.

(56) VINCENT (F.) : « Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives », Paris, L.G.D.J., 1966, p. 78.

(57) GROSHENS (J. C.), art. précité, p. 146.

pression de pouvoir propre — qui lui permet d'édicter des actes juridiques » et a pour elle la logique « car à partir du moment où un subordonné se voit reconnaître un pouvoir de décision, ne devient-il pas lui-même supérieur hiérarchique pour tout ce qui concerne l'exercice d'une compétence dont il a la responsabilité ? » (58).

La démonstration apportée par la jurisprudence est, aux dires de M. Rivéro, dont la position à l'égard de ce problème est plus nuancée, difficilement récusable : « Lorsqu'un agent est investi d'une compétence propre, par l'effet d'un texte de déconcentration, ou d'une mesure de délégation, le supérieur ne peut, ni évoquer les questions entrant dans le champ de cette compétence pour statuer lui-même, ni exercer sur la décision prise, spontanément ou sur recours, un contrôle excédant la légalité. Quel que soit son sentiment à l'égard du bien-fondé de l'acte pris par le subordonné, il ne peut que l'annuler s'il est illégal — mais en ce cas, le pouvoir se résout à une obligation — ou le maintenir s'il est légal, sauf texte exprès lui conférant un pouvoir de modification. Tout est donc décidé sur le terrain de l'opportunité, par le subalterne, auteur de l'acte. L'appréciation discrétionnaire qui a dicté sa décision est définitive. Le supérieur ne peut y substituer la sienne propre. Il n'a même pas pu, par le pouvoir d'instruction, la lui imposer à l'avance, puisque l'instruction ne fait que refléter une opinion qui ne lie pas juridiquement celui qui la reçoit, et que sa méconnaissance n'est pas sanctionnée par le juge. A l'analyse juridique, le pouvoir du supérieur sur les actes du subordonné se dissipe comme un brouillard au soleil » (59).

Un seul nuage vient entacher le ciel serein que constitue cette jurisprudence et le fait qu'il émane d'un arrêt d'assemblée attire d'autant plus l'attention. Dans un arrêt du 23 avril 1965 le Conseil d'Etat a admis en effet la possibilité pour un supérieur hiérarchique de substituer un motif légal à un motif inexistant invoqué à tort par l'auteur de l'acte, alors que cet acte était l'exercice d'un pouvoir de vouloir (60). La réfection d'un acte administratif dans une telle hypothèse n'entraîne-t-elle pas la substitution d'une décision du supérieur hiérarchique à celle de l'organe qui lui est subordonné ?

(58) Eod. loc., p. 146.

(59) RIVERO (J.) : « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », A.J.D.A., 1966, p. 154.

Pour un exposé détaillé de cette jurisprudence, cf. GROSHENS, art. précité, p. 146-152 et sur certains points, cf. *infra*, 2^{me} partie, chapitre II, section I.

(60) C.E., Ass., 23 avril 1965, Dame veuve Ducroux, R.D.P., 1965, p. 1188, concl. Galabert ; A.J.D.A., 1965, p. 348, et chronique de Mme Puybasset et M. Puissechet, p. 332 ; D., 1965, p. 845, note Palazzoli.

Certes la réfection d'un acte administratif par le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte initial était admise bien avant la décision Dame veuve Ducroux.

Mais avant cet arrêt les solutions jurisprudentielles ne paraissaient pas entraîner une substitution du supérieur hiérarchique à l'autorité compétente. Dans certaines hypothèses le fondement des décisions résidait dans l'idée que la décision prise sur recours hiérarchique était indépendante de la décision initiale. Cette solution ne paraît avoir aucun lien avec la notion de pouvoir hiérarchique. L'arrêt de section du 1^{er} octobre 1954 est parfaitement clair à cet égard : « Le vice d'incompétence dont est entaché l'arrêté du 27 octobre 1950 n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'arrêté pris par le secrétaire d'Etat le 25 février 1952, à la suite du recours hiérarchique... ». La solution admise par cet arrêt s'explique parfaitement puisque le secrétaire d'Etat était l'autorité compétente pour prendre l'acte en cause.

Dans d'autres hypothèses le supérieur hiérarchique agit bien en tant que tel, mais il ne peut être considéré comme refaisant un acte exprimant sa propre volonté. Ainsi dans un arrêt du 28 mars 1958, conseil national de l'Ordre des médecins, le Conseil d'Etat a annulé la décision d'un conseil départemental de l'Ordre qui, statuant en matière administrative, avait refusé à un médecin l'ouverture d'un cabinet secondaire alors que les textes en vigueur lui donnaient compétence liée pour accorder cette autorisation, mais a admis la légalité de la décision du conseil national de l'Ordre qui statuant sur le recours hiérarchique à un moment où les textes avaient été modifiés et n'imposaient plus l'octroi de l'autorisation, avait confirmé le refus opposé par le conseil départemental, en se fondant sur le même motif que ce dernier. Mais le supérieur hiérarchique n'avait pas substitué sa propre volonté à celle du conseil départemental puisqu'il reprenait le motif qu'avait retenu son subordonné (61).

L'arrêt Dame veuve Ducroux paraît au contraire instituer un véritable pouvoir de substitution du supérieur hiérarchique vis-à-vis des actes de leurs subordonnés. M. le commissaire du gouvernement Galabert en était bien conscient, qui après s'être demandé si « en permettant au ministre de maintenir la décision du subordonné en se fondant sur un motif que celui-ci n'avait pas retenu et, le cas échéant, n'avait même pas envisagé, on ne va pas au-delà du contrôle hiérarchique, si l'on n'aboutit pas à ce que le ministre prenne une décision nouvelle qui consacre en fait un empiètement sur la compé-

(61) Cf. concl. GALABERT, précitées, R.D.P., 1965, p. 1193.

tence du subordonné », ne manquait pas de souligner « qu'il existerait des raisons valables de soutenir, sans méconnaître pour autant la nature du pouvoir hiérarchique, que ce pouvoir ne comporte pas celui de maintenir la décision du subordonné par substitution des motifs, hormis, bien entendu, l'hypothèse de compétence liée où, en présence d'un motif de droit qui oblige à rejeter le recours hiérarchique le supérieur sera tenu de maintenir la décision du subordonné, fusse par substitution des motifs » (62).

S'il admit finalement qu'en thèse générale le pouvoir hiérarchique comporte le pouvoir de substitution de motifs, c'est autant en tenant compte des difficultés d'un système qui obligerait à une analyse trop subtile des motifs envisagés ou retenus successivement par le subordonné et par le supérieur, qu'en tenant compte de la nature du pouvoir hiérarchique.

Mais quelle que soit de ces considérations celle qui a inspiré le Conseil d'Etat, il n'en reste pas moins que la solution admise par l'arrêt Dame veuve Ducroux ne remet pas en cause le fait que l'autorité administrative compétente exerce un pouvoir dont elle est titulaire en propre, quand elle prend un acte exercice d'un pouvoir de vouloir. Il est possible qu'elle consacre l'idée que le supérieur hiérarchique peut, dans certaines hypothèses, substituer sa décision à celle qu'a prise le subordonné ; mais il est certain en tous cas que le supérieur hiérarchique « ne peut se substituer au subordonné pour prendre la décision » (63).

L'examen de l'ensemble de la jurisprudence permet donc d'affirmer que « dès lors que le pouvoir de décision est accordé à un subordonné celui-ci est désigné comme l'organe investi par la loi du pouvoir de vouloir » (64) et que ce pouvoir de vouloir peut s'analyser comme une faculté appartenant à l'autorité qui en est investie de prendre librement, dans la limite de la réglementation juridique, des actes juridiques engageant la personne administrative que cette autorité représente.

Ce pouvoir ne se manifeste pas différemment, au niveau de l'édition de l'acte juridique tout au moins, du pouvoir qui appartient en droit privé à une volonté autonome de créer librement des droits et des obligations. Ainsi nous rejoignons parfaitement M. Vénétia lorsqu'il affirme que « l'échec de la conception classique du pouvoir discrétionnaire procède de ce que les auteurs qui s'en récla-

(62) Eod. loc., p. 1197.

(63) Eod. loc., p. 1196.

(64) GROSHENS, art. précité, p. 152.

ment, envisagent ce pouvoir comme un phénomène propre au droit administratif ou à tout le moins, abordent leurs constructions respectives à partir des seuls matériaux offerts par la jurisprudence du Conseil d'Etat » (65).

3°) Dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire consiste dans la possibilité offerte à l'autorité administrative compétente de prendre un acte juridique imputable à la personne administrative que cette autorité représente, de créer librement des droits et des obligations à l'égard de cette personne, ou de décider librement pour cette personne que tel droit produira ses effets, il constitue une manifestation de l'autonomie de volonté de la personne administrative.

Dans un sens technique en effet l'autonomie de la volonté est la possibilité pour une personne de créer librement des droits et des obligations ou de décider librement des effets de droits ou d'obligations dans le cadre de la réglementation juridique.

Dès lors, on peut affirmer avec M. Vénézia que l'idée du pouvoir discrétionnaire « est celle de « l'autonomie » de l'administration, de pouvoirs indépendants à elle attribués » et que « l'idée de pouvoir discrétionnaire postule pour l'administration l'indépendance dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus, la liberté d'action à l'intérieur des limites tracées par la règle de droit » (66).

Mais cette indépendance de l'administration accomplissant un acte administratif est semblable à l'indépendance du sujet de droit privé accomplissant un acte juridique. On peut en conclure que la réserve du juge administratif à l'égard des actes administratifs exerce d'un pouvoir de vouloir, à l'égard du pouvoir discrétionnaire de l'administration, n'a pas d'autre fondement que la réserve du juge judiciaire à l'égard du libre pouvoir de vouloir des particuliers.

Au fond, sommes-nous, en soutenant une telle affirmation, tellement éloignés de la doctrine classique ? Si celle-ci affirme que le pouvoir discrétionnaire a sa source dans la nécessité de respecter l'indépendance de l'administration, cette indépendance est alors fondée sur des nécessités pratiques : « Le pouvoir discrétionnaire est une chose essentielle pour l'administration. Celle-ci doit conserver certains pouvoirs de libre appréciation non seulement vis-à-vis de la loi, mais aussi vis-à-vis du juge. Les raisons sont un peu différentes dans les deux cas, mais procèdent du même principe de liberté nécessaire pour l'administration. Le législateur ne peut pas lier les compéten-

(65) VENEZIA (J. C.), *op. cit.*, p. 105.

(66) *Eod. loc.*, p. 106.

ces dans toute leur étendue et sur tous les points en décidant à l'avance et d'une façon générale, en dehors de tout cas concret, quelle décision doit être prise, parce qu'il ne lui est pas possible d'envisager tous les éléments de l'opportunité d'une décision. Or, de même, le juge, même après que la décision a été prise et en présence du cas concret, ne peut pas critiquer en connaissance de cause les appréciations qui ont été faites parce qu'étant séparé de l'administration active, il lui est difficile à lui aussi de saisir tous les éléments de l'opportunité de la décision » (67).

Or, dire que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir de libre appréciation n'est-ce pas affirmer qu'il convient de substituer « à la conception classique, essentiellement négative, une conception positive du pouvoir discrétionnaire » (68).

Si la doctrine classique n'a pas opéré cette substitution c'est uniquement en vertu d'une conception des rapports entre la fonction législative et la fonction administrative qui conduit à voir dans le pouvoir discrétionnaire une résistance à l'hégémonie de la loi. Mais alors il faudrait en conclure que la réserve fondamentale du juge administratif à l'égard de l'administration active réside dans l'interdiction qui lui est faite de ne point se substituer à un administrateur actif en prenant à sa place un acte exécution d'une obligation de vouloir puisque l'essentiel de la fonction administrative résiderait dans la concrétisation de la loi.

Or cette réserve du juge a reçu de la part de la doctrine classique un certain nombre de critiques : « Une partie de la doctrine a toujours souhaité voir reconnaître au juge administratif la possibilité de prendre une décision à la place de l'administrateur, dans un seul cas précis, celui de la compétence liée. Hauriou et Jèze ont défendu cette solution en limitant il est vrai son domaine d'application aux hypothèses où l'administration doit juridiquement prendre une décision positive, par exemple en accordant une autorisation. En déclarant qu'en pareil cas, d'une part, le silence gardé par l'administration équivaut non à une décision de rejet mais à une acceptation, d'autre part, l'annulation du refus par le juge équivaut à une approbation de droit, on remédierait aux conséquences les plus néfastes de la carence administrative. L'administration en cas de compétence liée n'a aucun pouvoir d'appréciation ; ce n'est donc pas porter atteinte à son indépendance que de permettre au juge d'accomplir l'acte obligatoire à sa place » (69).

(67) BONNARD (R.) : « Le pouvoir discrétionnaire », art. précité, p. 365-366.

(68) VENEZIA (J. C.), *op. cit.*, p. 107.

(69) CHEVALLIER (J.), *art. précité*, p. 84.

N'est-ce pas admettre que l'essentiel de la fonction administrative ne réside pas dans l'application pure et simple des lois, mais au contraire dans la liberté d'agir que possède l'administration ? N'est-ce pas admettre que la fonction administrative, si elle est différente au niveau des fins de la fonction juridique qu'accomplit un particulier lorsqu'il prend un acte juridique, s'exprime de la même manière au niveau de l'acte exercice d'un pouvoir de vouloir et que celui-ci, aussi bien en droit public qu'en droit privé, est un acte complexe, aboutissement d'une série de données objectives et subjectives étroitement liées les unes aux autres, mais dans lequel la volonté joue un rôle essentiel ?

Mais n'est-ce pas admettre également que le pouvoir résultant de la nécessité pour l'administré d'obtenir un acte juridique d'une autorité administrative, afin de pouvoir exercer le droit que cet acte aurait dû constater, ne constitue pas pour cette autorité une possibilité de ne pas vouloir pour l'administration ?

§ II. — *Le rôle de la volonté dans les actes exécution d'une obligation de vouloir.*

Dans les actes exécution d'une obligation de vouloir la volonté de l'auteur de l'acte ne joue qu'un rôle de pure forme, expression d'un pouvoir formel.

1^o) Dans les actes exécution d'une obligation de vouloir la volonté de l'auteur de l'acte a d'abord pour rôle de mettre fin à l'inefficacité pratique dont était entaché un droit en le constatant, mais ce rôle peut être exercé par le juge.

La constatation d'un droit ou d'une obligation consiste dans la constatation par l'auteur de l'acte de la situation objective qui donne naissance à ce droit ou cette obligation, et dans le fait de tirer les conséquences nécessaires de cette constatation. C'est bien ce que fait l'autorité administrative lorsqu'elle prend un acte exécution d'une obligation de vouloir. Le Conseil d'Etat affirme ainsi : que les dispositions faisant obstacle au maintien dans les cadres des administrations françaises de certains fonctionnaires qui n'avaient pas manifesté leur intention d'acquérir la nationalité française dans un certain délai fixé par décret, faisaient obligation à l'administration de constater que sieur Embarch n'avait pas manifesté son intention d'acquérir la nationalité française et de tirer les conséquences de cette constatation en prononçant sa radiation des contrôles de l'établissement auquel il

appartenait (70) ; que la disposition de l'article 23 de la loi du 19 octobre 1946 interdisant soit l'accès à un emploi public, soit le maintien dans un emploi de cette nature de toute personne qui ne possède pas l'intégralité de ses droits civiques, l'arrêté par lequel le délégué général du gouvernement en Algérie a licencié le titulaire d'un tel emploi, s'est borné à tirer les conséquences nécessaires de la constatation que cet employé avait perdu par l'effet d'une condamnation une partie de ses droits civiques (71) ; que l'article 26 du décret du 30 octobre 1949 conférant à l'agent sur contrat du ministère de la défense nationale la possibilité de résilier unilatéralement son contrat, sans que cette résiliation ait à être acceptée par l'administration, la décision prononçant une résiliation devenue définitive s'est bornée à tirer, comme l'administration y était tenue, les conséquences nécessaires de cette résiliation (72).

2°) La volonté de l'autorité administrative a également pour rôle, dans tous les actes exécution d'une obligation de vouloir, de mettre fin à l'inefficacité juridique dont est entaché le droit de l'administré et l'obligation de l'administration. Nous avons déjà remarqué qu'il est nécessaire, pour que les obligations inefficaces de l'administration ou les droits inefficaces des administrés produisent pleinement leurs effets qu'un tel ordre soit donné par une autorité administrative.

Lorsque l'autorité administrative compétente émet un acte exécution d'une obligation de vouloir, elle fait disparaître l'inefficacité dont le droit de l'administré et l'obligation de l'administration étaient entachés en ordonnant que cette obligation et ce droit produisent désormais des effets.

3°) Il en résulte que la volonté de l'autorité administrative compétente choisit le moment où se réaliseront les effets propres de ce droit. Mais le droit préexistant de l'administré produit des effets depuis sa naissance. Il n'a pas produit ses effets propres, qui seuls étaient entachés d'inefficacité juridique. Par exemple si un administré a droit à ce que lui soit délivré le permis de chasse, ce droit produira des effets dès sa naissance, c'est-à-dire dès que l'administré qui remplit les conditions nécessaires pour que naisse ce droit, en aura fait la demande. Notamment l'administré aura droit à une indemnité si le permis de chasse lui est refusé ou même lui est accordé avec

(70) C.E., 22 novembre 1961, *Sieur Embarch*, p. 649.
Cf. également : C.E., Sect., 13 juillet 1962, *Sieur Cohen*.

(71) C.E., 1^{er} février 1961, *Délégué général du gouvernement en Algérie c/ sieur Allali*, p. 74.

(72) C.E., 12 janvier 1962, *Dupuy - Dutemps*, Tables, n° 53.484, p. 853.

retard (73). Mais les effets propres du droit au permis de chasse, c'est-à-dire la possibilité pour l'administré de chasser, ne se réaliseront qu'au moment où le permis de chasse lui aura été délivré.

Ce n'est qu'au moment où l'autorité administrative aura pris l'acte exécution d'une obligation de vouloir que le droit de l'administré ne sera plus séparé de sa réalisation que par son exécution matérielle.

Dans cette mesure l'acte exécution d'une obligation de vouloir est l'expression d'un pouvoir.

4^o) Mais le pouvoir qui appartient à l'autorité administrative de refuser de prendre un acte administratif exécution d'une obligation de vouloir, le fait que subsiste dans cette hypothèse un « pouvoir de vouloir » de l'administration, qui lui permet d'échapper, dans une certaine mesure, à ses obligations, trouve son fondement dans la spécificité de la fonction administrative, dans une certaine interprétation du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active et non dans une liberté d'agir octroyée par une norme juridique organisatrice d'un pouvoir.

Si les juridictions administratives estiment n'avoir pas qualité pour prendre aux lieu et place des administrateurs compétents les mesures que ceux-ci sont juridiquement obligés de prendre, si le juge administratif refuse d'agir à la place de l'administration, même si la décision à prendre s'impose d'elle-même, si le juge refuse de faire un acte juridique que l'administration a refusé de prendre alors qu'elle en avait l'obligation, ce refus ne peut s'expliquer par sa qualité de juge : « En soi, le statut de juge n'interdit pas l'emploi de pouvoir de contrainte sur les justiciables, et c'est tellement vrai que les tribunaux judiciaires font une large utilisation des techniques interdites aux juges administratifs » (74).

La prohibition du pouvoir de substitution notamment, trouve uniquement sa source dans la volonté du juge de ne pas empiéter sur les fonctions administratives : « Si le juge administratif se reconnaissait le droit de se substituer à l'administration, il s'attribuerait la qualité de supérieur hiérarchique, et on reviendrait à la confusion ancienne de la juridiction administrative et de l'administration active. Sans doute, formellement la décision du juge resterait un jugement, mais en fait cette décision aurait la même nature que l'acte

(73) Sur ce point cf. KORNPROBST (B.), art. précité, p. 941.

(74) CHEVALLIER (J.), art. précité, p. 67.

qui aurait dû être accompli par l'administrateur. Le Conseil d'Etat redeviendrait un rouage de l'administration active, un service administratif chargé d'examiner les affaires contentieuses, mais capable aussi d'agir en vertu de son statut d'administrateur, et c'en serait fait de la division des fonctions. S'il est un élément incontestable, dans le principe de séparation, c'est bien l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur : l'indépendance de l'administration active implique sa compétence exclusive pour les actes administratifs, et l'indépendance de la juridiction administrative implique de façon symétrique sa compétence exclusive pour rendre des décisions dotées de l'autorité de la chose jugée » (75). Ainsi le pouvoir qu'exerce une autorité administrative dans un acte d'exécution d'une obligation de vouloir trouve son fondement dans la spécificité de la fonction administrative et la réserve du juge administratif à l'égard de ce pouvoir est bien spécifique et trouve sa justification dans le fait que « le procédé de la substitution qui revient à donner au juge administratif la mission d'accomplir un acte administratif à la forme juridictionnelle paraît gravement contraire à la distinction entre la fonction administrative et la fonction juridictionnelle » (76).

Mais la fonction administrative dont il est question ici présente un caractère bien formel. En effet pour une décision qui est déterminée d'avance et de toute pièce par une règle de droit antérieure d'on n'aperçoit pas que les concrétisations opérées par une telle décision impliquent l'idée d'une *interpositio auctoritatis* ou du moins, cette idée ne se justifie qu'en ce qui concerne les questions de compétence, c'est-à-dire en tant seulement qu'elle répond au fait que la décision *in concreto* n'a de valeur que si elle émane d'une autorité qui a des qualités pour la prendre ; mais, quant au fond, c'est-à-dire quant au contenu de l'acte, il n'y a plus place pour l'idée d'*interpositio auctoritatis*, lorsque la décision émise par le procédé de concrétisation n'est que la reproduction forcée d'une règle qui a fixé par elle-même, sans variations possibles, le droit à appliquer » (77).

Il en résulte que le pouvoir appartenant à l'autorité administrative lorsqu'elle émet un acte d'exécution d'une obligation de vouloir, est un pouvoir uniquement formel, qui s'exprime dans la possibilité de refuser de faire une déclaration de volonté, mais qui trouvant sa justification dans la nécessité d'assurer la spécificité de la fonction administrative et l'indépendance de l'administration, n'appartient pas en propre à l'autorité administrative compétente.

(75) Eod. loc., p. 75.

(76) Eod. loc., p. 85.

(77) CARRE de MALBERG (R.) : « Confrontation... », op. cit., p. 157, n° 98.

5°) La nécessité pour une autorité administrative de constater un droit et une obligation pour qu'un administré obtienne satisfaction n'est pas un pouvoir propre de l'autorité administrative compétente.

Il faut d'abord remarquer que, contrairement à la règle établie lorsque l'autorité administrative est compétente pour prendre un acte exercice d'un pouvoir de vouloir, le supérieur hiérarchique peut, lorsque l'obligation de vouloir est réalisée se substituer au subordonné pour prendre la décision. Il semble même que le supérieur hiérarchique du fonctionnaire défaillant soit tenu d'édicter la mesure que son subordonné a négligé de prendre (78).

Si une substitution intervient dans un tel cas, c'est que l'autorité compétente ne possède alors aucun pouvoir réel. Une telle conséquence découle implicitement de l'affirmation de M. Groshens qui remarque « dans une telle hypothèse, le supérieur ne fait évidemment prévaloir sa propre volonté sur celle de son subordonné » (79). On comprend alors que, contrairement à la jurisprudence établie pour les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, le Conseil d'Etat n'invoque jamais l'incompétence du supérieur hiérarchique pour prendre un acte exercice d'une obligation de vouloir pour lequel un subordonné était apparemment seul compétent.

La règle est certes significative de la différence de nature qui existe entre le pouvoir de vouloir que manifeste une autorité administrative lorsqu'elle prend un acte exercice d'un tel pouvoir et le pouvoir de vouloir qu'elle semble posséder lorsqu'elle refuse de prendre un acte exécution d'une obligation de vouloir.

Mais elle n'est peut-être pas suffisamment probante : « Dans le cadre de l'administration centralisée, l'acte litigieux est toujours imputé à la même personne morale, l'Etat ; il est normal que tous les membres de la hiérarchie appelés à se prononcer sur la même question soient soumis à la même règle » (80).

La manière très différente dont fonctionne le contrôle de tutelle enlève les derniers doutes qui pourraient subsister sur la différence du pouvoir exprimé par une autorité administrative lorsqu'elle prend un acte exécution d'une obligation de vouloir et lorsqu'elle prend un acte exercice d'un pouvoir de vouloir.

(78) Cf. KORNPROBST (B.), art. précité, p. 948, qui cite un arrêt impliquant cette obligation : C.E., 7 octobre 1960, Inglésakis.

(79) GROSHENS (J. C.), art. précité, p. 147.

(80) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 438.

L'examen des règles relatives au pouvoir de substitution montre en effet que l'unité de ce pouvoir et sa spécificité découlent de l'absence de pouvoir qui appartiendrait à l'autorité compétente de décider librement que la personne morale administrative à laquelle serait imputable l'acte exécution d'une obligation de vouloir échappe à son obligation.

On considère généralement que le pouvoir de substitution n'est qu'un attribut du pouvoir de tutelle. Cependant « on doit avouer qu'il fait preuve d'une certaine indocilité et qu'il accepte mal-aisément de se plier aux règles auxquelles obéissent les autres procédés de contrôle. Il affiche si ouvertement son indépendance que le Conseil d'Etat lui confère un statut particulier. Alors que depuis fort longtemps la jurisprudence considère que la tutelle de l'approbation ou de l'annulation met en œuvre une prérogative de l'Etat, le pouvoir de substitution, quant à lui, ne serait bien souvent que la manifestation spéciale des pouvoirs de l'organe décentralisé » (81).

Cette spécificité du pouvoir de substitution existe uniquement lorsque l'autorité normalement compétente pour prendre un acte avait l'obligation de le prendre. Dans les hypothèses où une autorité administrative a la possibilité de se substituer à une autre pour prendre à sa place un acte exercice d'un pouvoir de vouloir « l'on est en présence d'un véritable transfert de compétence et l'autorité qui agit le fait dans le cadre de ses pouvoirs propres » (82). La jurisprudence semble confirmer cette analyse théorique (83).

Au contraire lorsque la substitution intervient pour un acte exécution d'une obligation de vouloir, l'acte pris par l'autorité qui se substitue est fictivement attribué au substitué.

C'est seulement dans ce cas que « le pouvoir de substitution implique... la fusion en un seul et même acte de l'exercice de la compétence du substitué et de l'autorité de contrôle » (84) et que les conséquences pécuniaires directes et indirectes de l'acte incombent au substitué dont l'inactivité a déclenché le mécanisme de la substitution.

La différence des conséquences et des effets de la substitution quand elle porte sur un acte exécution d'une obligation de vouloir et sur un acte exercice d'un pouvoir de vouloir montre bien que

(81) VIGNES (C. H.) : « Le pouvoir de substitution », R.D.P., 1960, p. 753.

(82) Eod. loc., p. 763.

(83) Cf. pour l'exposé et le commentaire de cette jurisprudence : VIGNES (C. H.), art. précité, p. 761-768.

(84) VIGNES (C. H.), art. précité, p. 760.

seul dans le dernier cas le pouvoir dont tout acte juridique est l'expression est un pouvoir réel octroyé par la réglementation juridique à l'auteur de l'acte. Les conséquences qu'entraîne la substitution dans le premier cas prouvent que l'abstention de l'autorité compétente, son refus de prendre l'acte exécution d'une obligation de vouloir, n'est pas un pouvoir réel permettant à l'autorité compétente de décider si telle personne administrative exécutera ou non son obligation. Il est bien évident que si tel était le cas, il s'agirait alors d'une substitution de pouvoir et l'acte serait imputable à la personne qui se substitue, la différence d'effet de la substitution dans les deux hypothèses ne se justifiant alors plus.

Au terme de cette analyse on croit pouvoir être autorisé à conclure que le pouvoir manifesté par une autorité administrative lorsqu'elle prend un acte administratif n'a pas toujours la même nature.

La spécificité des actes exécution d'une obligation de vouloir réside en définitive, en ce qu'ils sont la manifestation d'un pouvoir purement formel.

Cela explique qu'en droit privé on ne trouve pas d'actes exercice d'une obligation de vouloir. Certes il existe en droit privé des actes déclaratifs qui ont pour objet l'exécution volontaire d'une obligation de leur auteur. Mais ils expriment alors une possibilité offerte par le droit en vigueur au sujet de l'obligation d'y échapper : nous avons vu que tel n'était pas le cas pour les actes administratifs exécution d'une obligation de vouloir.

La raison d'être d'un acte exécution d'une obligation de vouloir étant la nécessité d'assurer la spécificité de la fonction administrative, ne correspond donc pas à la fonction normale d'un acte juridique, telle qu'elle existe en droit privé, et qui est de permettre à des volontés autonomes de créer librement des droits et des obligations ou de décider librement que ces droits et ces obligations produiront des effets.

Les actes exercice d'un pouvoir de vouloir constituent au contraire l'exercice d'une liberté et trouvent leur justification dans la nécessité d'assurer une certaine autonomie à l'administration. Dès lors le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est essentiel dans cette catégorie d'actes.

Cette constatation modifie l'optique dans laquelle sont habituellement envisagées les conditions de légalité des actes administratifs.

CHAPITRE SECOND

LES CONSEQUENCES DE LA CLASSIFICATION PROPOSÉE

(LES CONDITIONS DE LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS)

La conception classique de l'opposition entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée entraîne deux conséquences sur l'analyse des conditions de légalité des actes administratifs.

D'abord, puisque, selon la doctrine classique, il n'existe pas de différence entre les actes administratifs, en ce sens qu'ils sont toujours la manifestation d'un pouvoir de l'administration qui a le même caractère et la même source, le problème du contenu de la légalité est envisagé de la même manière pour tous les actes administratifs.

Ensuite, comme nous l'avons vu (85), la conception résiduelle du pouvoir discrétionnaire conduit à rejeter tout point de vue subjectif à partir duquel pourraient être établies les conditions de légalité des actes administratifs.

La distinction entre les actes exécution d'une obligation de vouloir et les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, la mise en valeur du rôle de la volonté dans ces derniers, montrent qu'en réalité les conditions de légalité sont profondément différentes pour chacun de ces actes et que les relations établies entre des situations objectives de fait ou de droit et les actes administratifs n'ont pas toujours un caractère objectif.

(85) Cf. introduction, § II.

SECTION I

LES CONDITIONS DE LEGALITE DES ACTES EXECUTION
D'UNE OBLIGATION DE VOULOIR

L'acte exécution d'une obligation de vouloir constitue la constatation d'une relation nécessaire établie par une règle de droit entre une situation objective et un résultat qui constitue une obligation pour l'administration.

Dans une telle hypothèse, « la situation de fait détermine entièrement la décision » (86). En effet la situation objective constitue dans cette hypothèse un véritable fait juridique, c'est-à-dire un événement qui crée, transmet, ou éteint un droit ou une obligation, sans que le sujet du droit ou de l'obligation ait voulu ce résultat.

Certes, même dans une telle hypothèse, un acte juridique d'une autorité administrative sera nécessaire pour que l'obligation de l'administration produise réellement ses effets. Cependant nous avons tenté de montrer que l'acte juridique trouve alors sa raison d'être non dans la possibilité offerte au sujet de l'obligation de la créer librement ou d'échapper librement à ses effets mais dans la nécessité pour le juge administratif de respecter formellement l'indépendance de l'administration active.

La relation directe établie par la norme juridique entre une situation objective et un résultat nécessaire entraîne des conséquences sur les conditions de légalité de l'acte qui constate ce résultat et lui permet de produire son plein effet : la légalité de l'acte administratif sera examinée d'un point de vue purement objectif.

M. Letourneur remarquait que dans l'hypothèse où l'administration a une compétence liée « le contrôle tend à la recherche du point de savoir si l'administration a réellement agi et si elle a agi dans le sens et suivant les modalités qui lui ont été fixées par la loi » et que, dans une telle hypothèse, l'annulation d'une décision de rejet est automatique lorsqu'une autorité administrative a rejeté une demande alors qu'elle était tenue d'y faire droit » (87).

Peu importe alors l'intention de l'auteur de l'acte, peu importe que la situation objective prévue par la loi l'ait réellement détermi-

(86) KAHN : concl. s. C.E., Ass., 12 janvier 1968, Ministère de l'économie et des finances c/ dame Perrot, A.J.D.A., 1968, p. 181.

(87) LETOURNEUR (M.) : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », art. précité, p. 52.

née. Cette situation objective ne constitue pas en effet le motif d'un acte juridique mais le fait générateur d'une obligation. Le motif subjectif de l'auteur de l'acte exécution d'une obligation de vouloir, la raison qui pousse une autorité administrative à prendre cet acte est complètement indifférente à la légalité de l'acte.

Bien plus, peu importe que l'acte ait été signé par une autorité administrative incompétente.

Puisque la raison d'être de l'acte réside dans la nécessité d'assurer l'indépendance de l'administration active vis-à-vis du juge administratif et qu'il n'a qu'un rôle formel, l'existence d'une déclaration de volonté d'une autorité administrative suffit, dès lors qu'une obligation de vouloir existe, même si cette déclaration émane d'une autorité incompétente, pour que le droit de l'administré se réalise.

Nous montrerons que telles sont bien les solutions admises par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Contentons-nous de remarquer pour l'instant que la légalité d'un acte administratif exécution d'une obligation de vouloir peut être appréciée, étant donné la nature de cette catégorie d'actes administratifs, d'un point de vue purement objectif. Il en va différemment pour les actes exercice d'un pouvoir de vouloir.

SECTION II

LES CONDITIONS DE LEGALITE DES ACTES EXERCICE D'UN POUVOIR DE VOULOIR

Les conditions de légalité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir posent un problème délicat.

Le rôle positif que joue dans ces actes la volonté de leur auteur entraîne une appréciation subjective de la légalité de ces actes. Sur le plan des solutions jurisprudentielles cette nécessité se traduit notamment par le recours à la notion de motif déterminant.

Pourtant dans la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat on trouve à côté de la notion de motif déterminant et de la notion de but, « la notion de motif pris dans son sens objectif dont le juge se contente parfois de vérifier la légalité ou la matérialité » (88).

(88) GANDOLFI (A.) : « Les motifs déterminants... », art. précité, n° 12.

L'ambiguïté n'est qu'apparente : elle disparaît pour peu que l'on approfondisse le rôle que joue la réglementation juridique par rapport au pouvoir réel dont l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir est l'expression, lorsque cette réglementation juridique établit une liaison entre une situation objective et un pouvoir de la volonté de l'autorité administrative compétente.

Pour la doctrine classique, le rôle de la réglementation juridique est de fixer les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration en déterminant l'étendue de ce pouvoir. Ainsi le doyen **Bonnard** affirmait que le pouvoir discrétionnaire « n'est pas susceptible de plus ou de moins. Il est ou il n'est pas » (89).

Dès lors, chaque fois qu'une relation est prévue par la réglementation juridique entre une situation objective et un acte administratif elle a pour objet de définir l'existence d'un pouvoir légal ou tout au moins la possibilité pour l'autorité administrative compétente d'exercer légalement ce pouvoir.

Ainsi **M. Waline** affirme que « le juge peut et doit vérifier si un ensemble d'édifices constitue ou non une « perspective monumentale », parce que de cette qualification dépend un pouvoir du préfet d'autoriser ou non une certaine construction pour des motifs esthétiques et qu'en conséquence il existe une catégorie juridique de perspectives monumentales » (90).

Ainsi **M. Letourneur** affirme que lorsqu'une autorité administrative prend un acte pour lequel l'action de l'administration est subordonnée au respect de certaines conditions imposées par la loi, c'est « le pouvoir de l'administration » qui « est subordonné à l'obligation de respecter les conditions imposées par la loi ou les principes généraux du droit » (91). Il est vrai que dans certaines hypothèses la loi détermine une situation objective dont l'effet est de permettre à un pouvoir de s'exercer. Cette situation objective ne constitue pas alors un motif qui pousse l'auteur d'un acte administratif à prendre telle ou telle décision, mais simplement une condition à l'exercice légal d'un pouvoir. Le contrôle de cette condition est alors réalisé d'une manière tout à fait objective. Le droit positif offre de nombreux exemples d'une telle hypothèse.

(89) **BONNARD (R.)** : « Précis de droit administratif », 4^e édition, 1943, p. 77.

(90) **WALINE (M.)** : « Etendue et limites... », art. précité, p. 31-32.

(91) **LETOURNEUR (M.)** : « L'étendue du contrôle du juge... », art. précité, p. 57.

Nous nous contenterons d'en citer un. Aux termes de l'article 50 du décret du 4 février 1959, l'agrément peut être refusé à une coopérative « lorsque deux coopératives de même objet fonctionnent déjà dans le secteur intéressé ». Saisi d'un recours tendant à l'annulation d'un refus d'agrément, le Conseil d'Etat considère « qu'il résulte des pièces du dossier qu'à l'époque où la coopérative requérante, qui recrutait ses 181 adhérents dans 19 communes de la Marne, a sollicité l'agrément, la coopérative générale des vignerons de la Champagne délimitée, qui couvrait une aire viticole plus large, groupait 222 adhérents dans ce même département ; que l'union des coopératives de Mesnil-sur-Orge regroupait trois coopératives à l'intérieur de la même aire viticole ; que ces organismes avaient le même objet que la coopérative requérante ; qu'ainsi la condition posée par l'article 50 susmentionné pour pouvoir légalement refuser un agrément se trouve, en l'espèce, remplie » (92).

Dans une telle hypothèse la réglementation juridique crée bien une limite objective au pouvoir de l'autorité administrative : elle fixe une condition en dehors de laquelle le pouvoir ne peut s'exercer. Cette limite se situe en dehors du mécanisme de la volonté de l'auteur de l'acte, la réalisation de la condition rendant seulement possible le jeu de cette volonté.

Il existe donc bien une relation directe établie par la réglementation juridique entre des situations objectives et des actes administratifs exercice d'un pouvoir de vouloir. Mais l'existence de cette limitation objective ne doit pas masquer que, dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, la volonté de l'auteur de l'acte assure la synthèse entre les éléments de fait et les éléments de droit. Dès lors, l'organisation des relations entre les situations objectives et les actes juridiques n'est pas soumise à un principe différent de celui du droit privé.

Comme en droit privé l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir est orienté dans un sens subjectif, la rectitude de cette catégorie d'actes juridiques réside surtout dans la rectitude de la volonté.

Certes la réglementation juridique prévoit les limites extérieures au pouvoir de la volonté qui déterminent les conditions auxquelles ce pouvoir pourra objectivement s'exercer : règles de compétence, règles relatives à l'objet de l'acte, existence d'une base légale, règle subordonnant l'exercice de ce pouvoir à l'existence d'une condition. Ces règles constituent autant de limites extérieures au jeu de la volonté de l'auteur de l'acte qui délimite le cadre à l'intérieur duquel

(92) C.E., 19 novembre 1969, Coopérative des propriétaires récoltants de la Champagne délimitée, p. 514.

le jeu de la volonté sera possible. La réglementation juridique joue également ce rôle en droit privé : les règles de capacité, les règles relatives à l'existence du pouvoir d'un représentant d'une personne morale, les règles relatives à l'objet de l'acte constituent bien des limites extérieures au mécanisme de la volonté.

Mais l'existence de cette « hétéro-limitation » pour employer une formule chère à Maurice Hauriou, ne suffit pas à épuiser les conditions de légalité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir.

Leur légalité dépend également de la manière dont la volonté de l'auteur de l'acte a joué, des raisons qui ont poussé l'auteur de l'acte à vouloir un effet de droit, du mécanisme volontaire lui-même.

Il se peut que ce mécanisme ait été faussé, soit parce que les raisons qui ont poussé l'auteur de l'acte à prendre telle décision n'existaient pas, soit parce que, existant, elles n'étaient pas susceptibles de déterminer légalement la poursuite de tel effet de droit.

La réglementation juridique établit bien souvent en effet une limitation subjective du pouvoir des autorités administratives en prévoyant, non seulement la fin que l'auteur de l'acte peut poursuivre, mais encore les données de fait ou de droit qui pourront être prises en considération par l'auteur de l'acte pour déterminer sa décision.

Il ne s'agit plus alors de conditions objectives nécessaires pour que le pouvoir d'une autorité administrative puisse s'exercer mais des raisons qui pourront déterminer légalement l'autorité administrative, influencer sur le jeu de sa volonté. Ces motifs peuvent être définis d'une manière plus ou moins précise.

Ils peuvent résider dans la simple énumération de critères de référence qui seront seuls susceptibles de déterminer la volonté de l'auteur de l'acte. Un exemple de cette hypothèse est fourni par les dispositions de l'article 188 - 5° du code rural, dans la rédaction que lui a donné l'article 8 de la loi du 8 août 1962. Il résulte de cette disposition que le préfet saisi d'une demande de cumul d'exploitations, doit prendre sa décision en tenant compte uniquement de la nature de l'activité professionnelle du requérant, de sa situation familiale, de la superficie pour laquelle l'autorisation est sollicitée, de la situation des biens qui font l'objet de la demande, de la politique poursuivie dans la région agricole et de l'intérêt économique et social de maintenir l'autonomie de l'exploitation faisant l'objet de la demande. Le juge administratif recherchera alors « si les motifs invoqués par le préfet sont de la nature de ceux visés à l'article

188 - 5° » (93). Dans une telle hypothèse l'obligation qui pèse sur l'autorité administrative compétente relative aux motifs de ces actes réside seulement dans l'obligation de se déterminer en considérant certains motifs dont cette autorité appréciera la valeur dans les circonstances de l'espèce.

La réglementation juridique est parfois plus exigeante. Elle ne délimite pas alors seulement les motifs qui, *in abstracto*, pourront déterminer légalement l'autorité administrative dans le choix de sa décision, mais exige que ces motifs aient une certaine valeur. Les faits invoqués par l'auteur de l'acte, comme ayant provoqué sa décision, doivent correspondre à une catégorie de motifs plus ou moins abstraitement définis par la règle de droit, mais l'autorité administrative ne possède aucun pouvoir d'appréciation sur l'existence de cette correspondance. Le juge administratif contrôle dans cette hypothèse si tel fait est de nature à justifier légalement la mesure prise par l'autorité administrative ou parfois si tel fait, dans les circonstances de l'espèce, est de nature à justifier une telle mesure (94).

Mais on ne doit pas confondre ce contrôle *in concreto* avec le contrôle de la condition objective. Le rapport établi entre la situation objective prévue par la réglementation juridique et l'acte juridique est apprécié, lorsqu'il s'agit d'une limite relative aux motifs, à partir de la circonstance de fait ou de droit que l'autorité administrative invoque comme l'ayant déterminé à prendre sa décision.

Un exemple de cette hypothèse est fourni par un arrêt récent du Conseil d'Etat. En vertu de l'article 1 de la loi du 10 juillet 1965, relative à l'acquisition d'habitations à loyer modéré à usage locatif par les locataires, les locataires peuvent demander à acquérir le logement qu'ils occupent et l'organisme d'habitations à loyer modéré est alors tenu de consentir à la vente, sauf motifs reconnus sérieux et légitimes par le préfet après avis du comité départemental des habitations à loyer modéré. L'office départemental des habitations à loyer modéré de Vendée avait refusé d'accéder à la demande formulée par le sieur Belz en vue de l'acquisition du logement qu'il occupait. Pour opposer ce refus, l'office s'était fondé sur ce qu'il estimait « de l'intérêt général de maintenir les logements de la cité Carno... à la location simple », eu égard tant à l'état et à la situation desdits logements qu'au petit nombre de logements H.L.M. ordinaires existant à proximité immédiate du centre de la ville susceptibles

(93) C.E., 24 janvier 1969, Sieur Nihouarn, p. 41.

(94) Sur les variations possibles du contrôle du juge à l'égard des motifs, cf. VENEZIA (J. C.) : « Le pouvoir discrétionnaire », *op. cit.*, p. 24-31.

de satisfaire aux besoins des personnes dépourvues de moyens de locomotion et des personnes âgées ou infirmes. Le Conseil d'Etat considéra « que, par la décision contestée, en date du 26 juillet 1967, le préfet de la Vendée a expressément reconnu aux motifs analysés ci-dessus, qui ne reposent pas sur des faits matériellement inexacts, un caractère « sérieux et légitime » ; qu'il ressort des pièces du dossier que le motif invoqué par l'office départemental des habitations à loyer modéré de Vendée à l'appui du refus de vente présentait, en l'espèce, ce caractère » (95).

C'est également le fait invoqué par l'auteur d'une sanction disciplinaire comme motif de cette sanction dont le Conseil d'Etat vérifie s'il est de nature à entraîner une telle sanction : « Considérant ... que la révocation du sieur Gomard sans suspension de ses droits à pension a été motivée par la circonstance que l'intéressé avait entretenu avec des trafiquants d'alcool des relations incompatibles avec l'honneur professionnel ; que les faits sur lesquels se sont fondés la commission administrative paritaire pour émettre son avis et le ministre pour prendre sa décision n'étaient pas matériellement inexacts et étaient de nature à justifier l'application d'une sanction disciplinaire dont il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'opportunité » (96).

On doit donc constater que si en droit public il existe des lois déterminant la nature ou la catégorie des réactions que constitue tout acte juridique à la réalité extérieure, ces lois déterminent parfois la nature ou la catégorie de ces réactions à travers la volonté de l'auteur de l'acte.

On ne doit pas s'en étonner. Dans la mesure où l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir est l'expression d'une certaine autonomie de la volonté de l'administration qui s'exprime à travers la volonté de l'autorité administrative compétente, il est normal que la limitation de ces pouvoirs s'effectue d'un point de vue subjectif.

Il est normal aussi que la légalité d'un acte administratif exerce d'un pouvoir de vouloir suppose le « libre arbitre » de son auteur dans la mesure où celui-ci possède un pouvoir de libre décision. Si un rôle positif est réservé dans les actes administratifs exerce d'un pouvoir de vouloir à la volonté intelligente de l'auteur de l'acte, il faut que les raisons qui ont poussé l'auteur de l'acte à agir ne soient pas erronées.

(95) C.E., Sect., 20 novembre 1970, p. 694.

(96) C.E., 13 décembre 1968, Ministre des finances c/ sieur Gomard, p. 653.

Le contrôle minimum, exercé sur les actes administratifs unilatéraux, traduit cette double exigence : la volonté de l'auteur de l'acte doit se déterminer en considération de motifs licites et de motifs non erronés. Le terme motif déterminant est pris ici dans son sens large et englobe aussi bien le but poursuivi par l'auteur de l'acte que les données de fait ou de droit qui l'ont poussé à prendre sa décision.

Si tel est bien le sens de la notion de motif déterminant, si tel est bien le sens du « contrôle minimum exercé par le juge administratif sur les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, la légalité de ces actes qui sont l'expression de l'autonomie de la volonté de l'administration, ne s'examinera pas à la lueur de principes différents des conditions de validité des actes juridiques de droit privé.

Dans une étude sur la cause dans la jurisprudence administrative, M. Charlier remarquait que le « droit civil admet de plus en plus, par souci de moralité, de liberté individuelle et de finalité communautaire, que pour déterminer la validité d'un acte aussi bien que son sens et sa portée il faille rechercher ses motifs impulsifs et déterminants, de façon à ne pas décevoir les intentions légitimes et à faire barrage aux entreprises anti-sociales. Il faut entendre par motifs déterminants, à la fois, parce que liées l'une à l'autre, la fin que se propose le sujet qui agit et la prise en considération par lui des données de fait ou de droit sur lesquelles il table. Si la fin est mauvaise, l'acte doit être annulé. Si elle est bonne, elle ne pourra être atteinte que si les faits et le droit sont bien tels que le sujet se les représente. Si donc une erreur ou un fait nouveau s'y oppose il faut encore annuler dans l'intérêt même de la liberté du sujet. La notion de cause illicite ou immorale joue dans le premier cas, pour la fin. Celle de fausse cause ou d'absence de cause ou cause inexistante joue dans le second, pour l'erreur sur les données » (97).

Que la légalité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir s'apprécie à travers la volonté de l'auteur de l'acte et dépende, comme pour les actes de droit privé, en grande partie de la légalité des motifs et de l'absence d'erreurs de l'auteur de l'acte à leur sujet, peut-on en douter, après l'arrêt du 20 novembre 1968. Ministre des Armées et sieur Anger : « Considérant que si le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut apprécier l'opportunité de l'acte attaqué, il lui incombe, en revanche, d'en contrôler la légalité ; que, dans les cas où l'autorité administrative jouit d'un

(97) CHARLIER (R. E.) : « La cause dans la jurisprudence administrative récente », J.C.P., 1950, I, 871, n° 14.

pouvoir discrétionnaire, ce contrôle est limité à l'examen de la légalité externe, du détournement de pouvoir, de l'erreur de droit ou de fait dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ; que, dans l'hypothèse où l'autorité administrative est investie d'un pouvoir de police qui ne peut s'exercer d'après la loi que dans des buts déterminés et dans la mesure nécessaire pour atteindre ces buts, il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier, en outre notamment, si les motifs allégués par l'auteur de l'acte déféré sont de nature à justifier ledit acte » (98). Ces considérants ne suffisent-ils pas à prouver que « le Conseil d'Etat admet très largement que la décision administrative exécutoire doit être annulée, non seulement quand, par sa légalité externe elle est irrégulière (compétence, forme), non seulement quand son objet, sa disposition sont irréguliers en soi, non seulement quand elle intervient dans un cas autre que celui où le droit le permet, mais aussi dans toute une série d'hypothèses que l'on peut rattacher à l'idée générale de cause raison d'être de l'acte » (99).

Nous aurons l'occasion de montrer que la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'annulation des actes exerce d'un pouvoir de vouloir s'orienter bien dans ce sens, et que la légalité de ces actes s'apprécie essentiellement à partir de la volonté de leur auteur.

(98) C.E., 20 novembre 1968, Ministre des armées et sieur Anger, p. 581.

(99) CHARLIER (R. E.) : « La cause... », art. précité, n° 17.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Les rapports entre l'action de l'administration et la réglementation juridique sont généralement analysés à la lueur du principe de légalité, conçu comme établissant une limite plus ou moins stricte au pouvoir des autorités administratives.

Or, s'il est vrai que la légalité établit une limite au pouvoir de l'administration, cette fonction n'épuise pas le rôle que joue la norme juridique vis-à-vis de l'administration.

1^o) Il faut d'abord observer que la norme juridique peut être la source d'un pouvoir pour l'autorité administrative, pouvoir que l'on peut qualifier de discrétionnaire ou de pouvoir de vouloir.

Le pouvoir discrétionnaire est, en effet, un pouvoir octroyé par une règle de droit à une autorité administrative compétente pour créer librement, dans le cadre de la réglementation juridique, des droits et des obligations imputables à la personne administrative qu'elle représente, ou un pouvoir qui permet à cette autorité administrative de décider librement de l'exécution par la personne administrative d'obligations qui ne sont plus susceptibles que d'exécution volontaire.

Le pouvoir discrétionnaire n'est donc pas un pouvoir résiduel résultant de l'indétermination de la réglementation juridique, du « jeu dans la réglementation juridique ».

Il constitue, comme M. Venezia l'a bien montré, un pouvoir positif qui se traduit dans les actes juridiques qui en sont l'expression par le libre jeu de la volonté des autorités administratives compétentes.

La volonté des autorités administratives compétentes constitue donc la substance de ces actes, que l'on peut qualifier d'actes exercice d'un pouvoir de vouloir.

Mais, s'il en est ainsi, la légalité de ces actes doit s'apprécier, dans une large mesure, selon un point de vue subjectif ; d'une part, parce que l'absence de vice de la volonté de l'auteur de l'acte importe à sa validité ; d'autre part, parce que la norme juridique établit, à côté d'une limite objective au pouvoir de l'autorité administrative compétente, une limite subjective par l'intermédiaire des raisons, motifs ou buts, dont la représentation doit ou peut déterminer l'auteur de l'acte.

2^o) Source et limite d'un pouvoir de l'administration exercé par les autorités administratives compétentes, la norme juridique est parfois la source d'une obligation de résultat.

Ce résultat doit être atteint dès que la situation objective de fait ou de droit à laquelle la norme juridique subordonne sa nécessité est réalisée.

Cette situation objective constitue le fait générateur d'une obligation de l'administration et d'un droit de l'administré.

Il est vrai que cette obligation de l'administration ne produira pleinement ses effets que si elle est constatée par un acte juridique qui émane d'une autorité administrative.

Mais cet acte n'est pas l'expression d'une possibilité de choix offerte par la norme juridique à l'administration, choix qui serait exercé par l'autorité administrative compétente.

Il constitue l'exécution d'une obligation de vouloir, obligation de vouloir qui n'est que le moyen de réaliser une obligation plus fondamentale qui réside dans la réalisation du résultat que l'existence du fait générateur a rendu obligatoire.

L'acte exécution d'une obligation de vouloir n'est donc pas l'expression d'un pouvoir discrétionnaire, tel que nous l'avons défini. La volonté de l'auteur de l'acte n'y joue qu'un rôle formel, et la légalité de l'acte est appréciée d'un point de vue purement objectif : l'acte exécution d'une obligation de vouloir est légal dès lors que le fait générateur de l'obligation existe, même s'il émane d'une autorité administrative incompétente.

3°) La réserve dont le juge administratif doit faire preuve à l'égard de l'administration a, en définitive, une double origine.

Lorsque la norme juridique octroie un pouvoir à une autorité administrative, le juge doit respecter le libre choix exercé par la volonté de cette autorité qui constitue l'expression de ce pouvoir.

La réserve du juge trouve alors son fondement dans la nécessité de respecter l'autonomie de la volonté de l'administration dont l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir constitue l'expression.

Lorsque la norme juridique détermine une obligation de l'administration, la réserve du juge administratif, qui se manifeste par l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'émettre l'acte que l'autorité administrative aurait dû prendre, trouve son fondement dans la nécessité de respecter l'autonomie de la fonction administrative qui seule justifie, dans ce cas, la nécessité d'un acte juridique émanant d'une autorité administrative pour que l'obligation de l'administration produise pleinement ses effets.

L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'appréciation de la validité des actes administratifs paraît confirmer ce point de vue.

DEUXIÈME PARTIE

L'APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ
DES ACTES ADMINISTRATIFS
EN FONCTION DU RÔLE DE LA VOLONTÉ
DE LEUR AUTEUR

L'analyse conduite jusqu'à présent constituait simplement l'énoncé d'une hypothèse. Cette deuxième partie sera consacrée à sa vérification.

Celle-ci suppose que les conséquences que nous avons cru pouvoir tirer de l'analyse des actes administratifs à partir du rôle de la volonté de leur auteur soient admises par le juge administratif.

Il s'agit d'examiner si le juge administratif apprécie la validité des actes administratifs à partir de leur qualité d'actes exécution d'une obligation de vouloir ou de leur qualité d'actes exercice d'un pouvoir de vouloir, ou bien si la distinction entre les notions de compétence liée et de pouvoir discrétionnaire suffit à expliquer les conditions de validité de l'ensemble des actes administratifs.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux conditions de validité des actes administratifs suscite une observation très générale : toute contradiction d'un acte administratif avec une règle de droit n'entraîne pas son annulation, et, inversement, le juge administratif annule parfois un acte administratif alors qu'apparemment ce dernier a respecté la réglementation juridique. Or, les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat annule un acte administratif ou au contraire refuse de l'annuler sont différentes pour les deux catégories d'actes administratifs que nous avons distinguées : les actes exécution d'une obligation de vouloir et les actes exercice d'un pouvoir de vouloir ont ainsi des causes spécifiques d'annulation.

CHAPITRE PREMIER

LA CAUSE SPECIFIQUE DE L'ANNULATION DES ACTES EXECUTION D'UNE OBLIGATION DE VOULOIR

L'étude de cette catégorie d'actes administratifs nous a conduit à supposer que deux conditions seulement seraient nécessaires pour que ces actes administratifs soient légaux :

— l'existence du fait générateur d'un droit de l'administré et d'une obligation de l'administration ;

— une déclaration de volonté faite par une autorité administrative constatant ce droit ou cette obligation.

Le Conseil d'Etat considère-t-il qu'un acte exécution d'une obligation de vouloir est légal dès que ces conditions sont remplies ?

La réponse à cette question suppose une double démarche :

— tout d'abord vérifier si la haute juridiction refuse d'annuler un acte dès lors que ces deux conditions sont remplies, même s'il est entaché d'une irrégularité ;

— mais ce premier point ne suffit pas à prouver que le refus du Conseil d'Etat d'annuler l'acte exécution d'une obligation de vouloir contraire à la réglementation juridique soit motivé par la nature de cet acte : on peut imaginer, et c'est d'ailleurs l'explication généralement proposée, que seules des raisons pratiques poussent la haute juridiction à refuser dans une telle hypothèse l'annulation de l'acte. Il faudra donc examiner pourquoi le Conseil d'Etat se refuse alors à procéder à une annulation d'un acte exécution d'une obligation de vouloir contraire à la réglementation juridique, dès lors que le fait générateur de l'obligation de l'administration existe.

SECTION I

EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de constater que lorsque la compétence de l'administration est liée, certains des irrégularités commises par elle perdent de leur importance. La contrôle du juge peut aller directement à l'essentiel, qui est de savoir si elle a ou non violé la règle de droit qui lie sa compétence. Dans l'affirmative, la décision administrative sera annulée. Dans la négative, le recours pourra être rejeté même dans des cas où les illégalités ont été commises qui auraient entraîné l'annulation d'un acte dans les autres cas (1). La liste des irrégularités qui perdent ainsi de leur importance est impressionnante : pratiquement elle coïncide avec les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir : seul importe le respect au fond de la norme organisatrice de l'obligation de vouloir.

§ 1. — *Les irrégularités n'entraînant pas l'annulation.*

L'objet des développements qui suivent est simplement de dresser un catalogue des hypothèses dans lesquelles une contradiction entre un acte exécution d'une obligation de vouloir et une règle de droit n'est pas considérée par le Conseil d'Etat comme de nature entraîner l'annulation de cet acte : cela revient à dresser la liste des moyens à que le Conseil d'Etat considère comme insuffisants pour entraîner l'annulation d'un tel acte, dès lors que la situation objective prévue par la règle de droit pour que naisse l'obligation de vouloir est réalisée.

1°) L'acte exécution d'une obligation de vouloir ne peut d'abord être annulé pour une irrégularité relative aux motifs pris en considération par l'auteur de cet acte.

L'établissement de ce principe semble remonter à un arrêt du 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines* (2), dont la solution fut confirmée par plusieurs décisions postérieures (3).

(1) FOURNIEU (J.) et BRAIBANT (G.) : « Recours pour excès de pouvoir », *Encycl. Dalloz, droit administratif*, t. II, p. 732, n° 597.

(2) C.E., 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, S., 1932, III, 25, note P. L.

(3) C.E., Ass., 16 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, p. 585 ; D., 1932, III, 28, concl. Josse ; S., 1934, III, 45, note P. de Lamoignon ; C.E., 8 juin 1934, *Voisier*, D., 1934, III, 31, concl. Josse.

Il résulte de cette jurisprudence, toujours en vigueur, que lorsque la situation objective prévue par la règle de droit pour déterminer l'existence d'une obligation de vouloir est réalisée, le juge administratif considère que « ce n'est pas le motif donné qui importe, c'est le sens de la décision, rejet ou admission... peu importe le motif donné si la décision est en réalité justifiée » (4).

Aussi, « lorsque... un acte administratif a été édicté dans les termes où la loi exige qu'il le fût, mais sur la base de motifs erronés, le Conseil d'Etat substitue automatiquement à ces motifs retenus par l'administration le motif légal qui justifiera définitivement le dispositif de la mesure attaquée. En tel cas, le juge ignore donc délibérément l'erreur « subjective » commise par l'agent dans les motifs dont il a appuyé son acte ; seul l'intéresse le bien fondé « objectif » de la décision. Il ne lui paraît pas condamnable que l'autorité administrative se soit fondée sur des considérants erronés dès lors qu'en tout état de cause cet acte devait légalement être édicté » (5).

Le refus du juge administratif d'annuler dans ces hypothèses un acte administratif entaché d'une irrégularité relative aux motifs qui ont été à la base de la décision revêt un caractère absolu.

Il s'applique aussi bien aux motifs de droit qu'aux motifs de fait. Ainsi le Conseil d'Etat n'annule ni un refus d'accorder une carte professionnelle à un établissement laitier qui repose sur des faits inexacts mais qui devait nécessairement intervenir, ni une radiation d'un militaire des cadres de l'armée fondée sur une erreur de droit mais obligatoire sur la base de deux condamnations pour abus de confiance (6). Il s'applique également si l'illégalité qui entache l'acte exécution d'une obligation de vouloir concerne la base légale de cet acte (7).

Le caractère absolu de ce refus d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir dont les motifs auraient pu entacher la légalité, n'est, en outre, soumis à aucune condition d'exercice : « Aujourd'hui, le Conseil d'Etat pratique aussi bien systématiquement toutes sortes de substitutions de motifs dès lors simplement qu'il s'agit, comme

(4) JOSSE, concl. s. Ville de Castelnaudary, précitées, p. 28.

(5) PACTEAU (B.) : « Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif », thèse dact., Bordeaux, 1971, p. 125.

(6) C.E., 26 mai 1950, Société laitière provençale, p. 314 (1^e espèce) ; C.E., 29 juillet 1950, Levrey, p. 476.

Cf. également : C.E., Sect., 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581.

(7) C.E., 17 janvier 1945, Nemours, p. 12 ; C.E., Ass., 4 juillet 1953, Graff, 414 ; R.D.P., 1959, p. 315, concl. Long.

l'écrit M. Odent, d'un acte que l'administration ne pouvait légalement ne pas prendre » (8).

Il en va d'ailleurs de même du refus du juge administratif de sanctionner le détournement de pouvoir dont de tels actes peuvent être entachés.

2^o) Les actes exécution d'une obligation de vouloir ne font jamais l'objet d'une annulation pour détournement de pouvoir.

Le refus du juge d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir pour détournement de pouvoir s'établit à peu près à la même époque où le Conseil d'Etat commence à refuser d'annuler de tels actes sur la base d'une illégalité relative aux motifs.

Cet état de choses est toutefois masqué par la confusion de l'époque à laquelle s'installa ce refus avec celle où apparut une technique nouvelle qui le mettait en œuvre : « On indique généralement qu'en matière de légalité interne, plus précisément de détournement de pouvoir, le recours à la technique du moyen inopérant a été plus récent qu'en matière de légalité externe. Cette formule est exacte mais doit être précisée : si l'on considère non les termes de moyens inopérants, mais l'élimination du moyen sur d'autres bases qui l'a précédé, c'est au contraire en matière de détournement de pouvoir que l'on relève, semble-t-il, les décisions les plus anciennes » (9). Dès 1935, le Conseil d'Etat écarte le moyen de détournement de pouvoir à propos d'un acte exécution d'une obligation de vouloir, en indiquant que ce moyen n'est pas de nature à entraîner l'annulation de l'acte (10).

Quelles que soient par la suite les formules employées, il est remarquable que le Conseil d'Etat n'ait jamais admis une exception au principe selon lequel un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché de détournement de pouvoir n'est pas susceptible d'être annulé (11).

3^o) Le Conseil d'Etat refuse enfin d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir dont l'auteur est incompétent ou qui est entaché de vice de forme ou de procédure.

(8) PACTEAU (B.), op. cit., p. 128.

(9) AUBY (J. M.) : « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966, p. 9.

(10) C.E., 15 janvier 1935, Gras, p. 40 ; S. 1935, III, 102 ; confirmé par : C.E., 25 juin 1937, de La Renaudière, S. 1937, III, 121, note P. L.

(11) Cf. les arrêts cités par M. AUBY, art. précité, p. 9, note 54-55.

Cette solution paraît fermement établie depuis un arrêt Dirat du 26 mai 1950 (12) : « En vertu d'une jurisprudence constante depuis l'arrêt de section, sieur Dirat... des moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte ou de vice de forme sont regardés comme inopérants quand l'administration était tenue de prendre la décision attaquée » (13).

Si le Conseil d'Etat s'est placé depuis cet arrêt sur des terrains différents pour écarter sans examen des moyens de légalité interne (cas sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir), on doit, là encore, constater le caractère absolu du refus de la haute juridiction de procéder à une annulation pour incompétence, vice de forme ou de procédure, dès lors que la situation objective prévue par la réglementation juridique pour que l'obligation de vouloir soit réalisée ne fait aucun doute. Pourtant deux arrêts paraissent à première vue en contradiction avec cette affirmation.

Il s'agit d'abord de l'arrêt du 19 mars 1971, Sieur Jacquemin (14). Le résumé de la solution adoptée par le Conseil d'Etat dans cette affaire, tel qu'il est exposé dans la table du recueil Lebon (15), conduit à penser que le Conseil d'Etat a annulé un acte exécution d'une obligation de vouloir, sans rechercher si cet acte était légal au fond, parce qu'il avait été pris sans l'avis d'une commission. Une telle interprétation est également retenue par MM. Labetoulle et Cabanes qui affirment que le Conseil d'Etat a implicitement écarté, dans une hypothèse de compétence liée, la théorie des moyens inopérants pour examiner et retenir un moyen tiré du défaut de consultation d'un organisme dont la composition présentait des garanties pour l'intéressé (16).

Or l'acte qui faisait l'objet d'un recours du sieur Jacquemin et qui avait contenu le refus qui lui était opposé du bénéfice des dispositions de l'article 4 de la loi du 4 avril 1958 ne présentait pas, en l'espèce, les caractéristiques d'un acte exécution d'une obligation de vouloir. Il résulte, en effet, de l'ensemble des dispositions de cette loi que le bénéfice des mesures exceptionnelles prévues à son article 4 ne peut être accordé qu'après que les demandeurs aient obtenu, après avis de la commission centrale constituée pour l'application de

(12) C.E., Sect., 26 mai 1950, Dirat, p. 322.

(13) Concl. GULDNER s. C.E., Sect., 7 juin 1957, Brissaud, A.J.D.A., 1957, p. 397.

(14) C.E., Sect., 19 mars 1971, Sieur Jacquemin, p. 234.

(15) p. 1162.

(16) Chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1971, p. 275.

la loi du 26 septembre 1951, les majorations d'ancienneté prévues par ce dernier texte. Par conséquent, la seule obligation de vouloir qui pesait sur l'autorité administrative était de refuser ce bénéfice lorsque la personne qui le réclamait n'avait pas obtenu les majorations d'ancienneté ou ne remplissait pas les autres conditions prévues par la loi. Mais ces conditions remplies, l'autorité administrative disposait d'un pouvoir de vouloir pour accorder ou refuser le bénéfice de ces dispositions. Or, en l'espèce, le sieur Jacquemin remplissait les conditions prévues par la loi pour que le bénéfice des mesures exceptionnelles puisse lui être accordé. Le refus de l'autorité administrative présentait donc tous les caractères d'un acte administratif exercice d'un pouvoir de vouloir.

Un deuxième arrêt rendu par le Conseil d'Etat deux jours avant l'arrêt Sieur Jacquemin paraît remettre en cause le caractère systématique de l'affirmation selon laquelle le juge administratif refuse d'annuler pour incompétence un acte exécution d'une obligation de vouloir. Il s'agit de l'arrêt Sieur Durand rendu le 17 mars 1971 (17). L'objet de la requête du sieur Durand consistait notamment à demander au Conseil d'Etat d'annuler une décision par laquelle le sous-préfet de Meaux avait accordé le concours de la force publique pour l'expulsion des locaux professionnels que le requérant occupait. Le Conseil d'Etat considéra « que le sous-préfet de Meaux estimant que l'exécution de cet arrêt n'était pas de nature à troubler l'ordre public, a, ainsi qu'il était tenu de le faire, accordé au bénéficiaire le concours de la force publique » et « que les moyens de la requête du sieur Durand sont inopérants, à l'exception du moyen tiré de ce que l'appréciation de l'existence ou de la non existence d'un trouble à l'ordre public en l'espèce — seul pouvoir d'appréciation dont dispose en pareil cas l'autorité administrative — a été faite par une autorité incompétente ». Ainsi que l'affirment MM. Labetoulle et Cabanes « surprenante... est l'affirmation que tout en ayant compétence pour accorder le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice revêtue de la formule exécutoire, l'administration dispose du pouvoir d'appréciation de l'existence ou de l'inexistence d'un danger de trouble à l'ordre public » (18).

Mais pour surprenante qu'elle soit, une telle affirmation montre que dans cet arrêt le Conseil d'Etat ne fait pas exception à la règle selon laquelle, dès lors que la situation objective créant l'obligation de vouloir existe, un acte exercice d'une telle obligation n'est pas annulé pour incompétence.

(17) C.E., 17 mars 1971, Sieur Durand, p. 219 ; chr. Labetoulle et Cabanes, précitée.

(18) LABETOULLE et CABANES, chr. précitée, p. 277.

On peut dire, en effet, « que l'administration n'a compétence liée (c'est-à-dire obligation de vouloir) pour octroyer le concours de la force publique que si, d'une part, elle est saisie d'une telle demande par un justiciable nanti d'une décision judiciaire. et si, d'autre part, aucune raison déterminante relative au maintien de l'ordre public ne s'y oppose » (19). Or, une telle appréciation constitue pour l'autorité administrative l'exercice d'un pouvoir de vouloir.

On remarquera, en outre, que, dans la mesure où l'appréciation dont dispose en pareil cas l'autorité administrative aurait été faite par une autorité compétente, l'acte décidant d'accorder le concours de la force publique ne serait pas annulé par le Conseil d'Etat, même s'il était signé par une autorité incompétente : c'est bien ce qui semble résulter, implicitement, de la rédaction de l'arrêt.

§ II. — *L'irrégularité entraînant l'annulation.*

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de conclure que lorsque l'administration est tenue de prendre un acte exécution d'une obligation de vouloir, la seule possibilité pour un administré d'obtenir l'annulation d'un tel acte réside dans la preuve, qu'il doit apporter, de l'inexistence du fait générateur de l'obligation.

Telle est bien la position que semble adopter M. Odent quand il affirme que « lorsque l'autorité administrative a compétence liée, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a aucun pouvoir d'appréciation et qu'elle est tenue de prendre une décision dont le sens est déterminé d'avance, les requérants ne peuvent se prévaloir à l'encontre de la décision qui consacre cette obligation ni de ce qu'elle émane d'une autorité incompétente..., ni de ce qu'elle est obtenue après une procédure irrégulière..., ni de ce qu'elle serait entaché d'un détournement de pouvoir... Cela revient à dire qu'en cas de compétence liée, la seule discussion qui puisse être valablement ouverte porte sur le point de savoir si, en l'espèce, il y avait bien compétence liée » (20).

Autrement dit, dès lors que le fait générateur d'un droit d'un administré ou d'une obligation de l'administration existe et que ce droit ou cette obligation sont constatés par une déclaration de volonté d'une autorité administrative, le Conseil d'Etat refuse d'annuler l'acte administratif intervenu, même si cet acte paraît entaché d'une irrégularité, et ce, semble-t-il, d'une manière systématique.

Le problème est alors de déterminer les raisons de cette attitude.

(19) LABETOULLE et CABANES, *chr. précitée*, p. 277.

(20) ODENT (R.) : « Contentieux administratif », Les cours du droit, Paris, 1970-1971, p. 1327.

SECTION II

LE FONDEMENT DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence que l'on vient de rappeler peut recevoir deux sortes d'explications : une explication pratique et une explication juridique. La première est généralement retenue, mais les caractères de l'acte exécution d'une obligation de vouloir conduisent à adopter la seconde.

§ I. — *Les raisons pratiques généralement invoquées.*

Le raisonnement du juge lorsqu'il refuse d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'irrégularité serait le suivant : « L'acte devait, en tout état de cause, être pris dans le sens où il l'a été ; s'il était annulé, il devrait être repris dans les mêmes termes ; cette constatation suffit pour rejeter la requête dirigée contre lui, et il est inutile d'examiner les moyens qu'elle contenait puisque ces moyens, même s'ils étaient reconnus fondés, ne pourraient conduire qu'à une annulation sans lendemain : pourquoi annuler une décision prise par une autorité incompétente dès lors que demain l'autorité compétente sera tenue de reprendre la même ? On évite ainsi des annulations absolument inutiles, susceptibles seulement d'apporter un certain trouble dans le service public sans aucun profit pour l'administré » (21).

Autrement dit, l'annulation d'un acte exécution d'une obligation de vouloir, même si elle intervenait, serait dépourvue de tout effet pratique.

Or, selon M. Odent, « le Conseil d'Etat n'admet pas que le juge de l'excès de pouvoir prononce une annulation qui soit purement platonique, qui n'ait et ne puisse avoir aucun effet juridique. Car l'absence de résultats effectifs d'une annulation prononcée prouverait que le requérant n'avait en réalité aucun intérêt à critiquer les conditions dans lesquelles la décision attaquée est intervenue ou les motifs qui ont inspiré cette décision. La jurisprudence en déduit qu'un requérant n'est pas fondé à se prévaloir d'une illégalité ou d'une irrégularité grave, mais qui est sans effet utile sur la solution finale de l'affaire » (22).

(21) LETOURNEUR (M.), art. précité, p. 53.

(22) ODENT (R.), cours précité, p. 1327.

1°) Ces raisons pratiques justifieraient les techniques utilisées par le Conseil d'Etat pour ne pas annuler un acte administratif exécution d'une obligation de vouloir.

Ces techniques seraient doubles (substitution de motif et recours à la notion de moyen inopérant) et leur emploi aurait le même fondement.

Ainsi M. Letourneur affirme que la substitution de base légale ou de motif dans l'hypothèse où l'administration a une compétence liée « s'explique par un raisonnement analogue à celui qui justifie l'application en la matière de la théorie du moyen inopérant » (23).

On trouve la même affirmation chez M. Auby qui établit entre la théorie des moyens inopérants et la théorie de la substitution des motifs une analogie en affirmant qu'il « est bien évident que les deux théories comportent une fonction similaire. Dans les deux cas le juge pourrait (tout au moins si le moyen inopérant était fondé) prononcer l'annulation de l'acte attaqué : il renonce en considérant que cette annulation serait dépourvue de portée, l'administration devant ou pouvant reprendre le même acte » (24).

Il est important de noter les conséquences que suppose une telle affirmation. Elle suppose notamment que la théorie du moyen inopérant et le caractère du moyen inopérant soient différents selon que l'on est en présence d'un acte pour lequel l'administration avait une compétence liée (c'est-à-dire pour un acte exécution d'une obligation de vouloir), et pour un acte pour lequel l'autorité administrative possédait un certain pouvoir discrétionnaire (c'est-à-dire pour un acte exercice d'un pouvoir de vouloir). C'est précisément ce que M. Auby s'est efforcé de démontrer.

Dans le premier cas le recours à la théorie du moyen inopérant s'expliquerait de la manière suivante : « Si le juge, à supposer que le moyen soit fondé, prononce l'annulation de l'acte, l'administration sera tenue de prendre le même acte : la censure sera dépourvue de conséquences pratiques. Dès lors le juge se plaçant sur le terrain de l'efficacité de son intervention plutôt que sur celui de la légalité pure, va renoncer à prononcer une annulation platonique » (25.).

Dans le second cas au contraire « l'inopérance du moyen ne tient plus à la considération des conséquences de l'intervention du juge : elle tient à la considération des éléments qui peuvent détermi-

(23) LETOURNEUR (M.), art. précité, p. 54.

(24) AUBY (J. M.), art. précité, p. 8.

(25) AUBY (J. M.), art. précité, p. 7.

ner la décision prise par celui-ci. Le moyen inopérant, pris en ce sens, est celui qui, fondé ou non, n'est pas susceptible de déterminer le sens de l'acte juridictionnel. C'est selon l'expression de M. Heumann le moyen « sans aucune portée, sans aucune efficacité ». On conçoit dès lors, poursuit M. Auby, l'intérêt qu'il y a pour le juge à éviter de rechercher si le moyen est ou non fondé, puisque de toute manière, il ne pourra exercer aucune influence sur la décision finale » (26).

Mais si ce sont seulement des raisons pratiques qui justifient le recours à ces techniques et fournissent une explication relative à leur signification, notamment en ce qui concerne la technique des moyens inopérants, le juge administratif devrait employer ces techniques uniquement lorsque ces raisons pratiques existent.

2^o) Les limites que devraient comporter la jurisprudence relative au refus du juge d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'une irrégularité, ont été précisées par le commissaire du gouvernement Guldner dans ses conclusions sous l'affaire Brissaud (27).

Selon le commissaire du gouvernement Guldner, cette jurisprudence se justifierait parfaitement dans les cas où l'administration aurait d'une part l'obligation de prendre une décision donnée, de statuer dans un certain sens et où, d'autre part, la date de la décision attaquée n'aurait aucune importance pour le requérant.

Par contre le juge administratif devrait annuler une décision prise par une autorité administrative pour incompétence ou vice de forme dans deux cas :

— lorsque l'obligation de l'administration résulterait de l'appréciation de faits litigieux et que des irrégularités de procédure auraient pu avoir une influence sur le contenu du dossier à la vue duquel ces faits sont appréciés par le juge ;

— lorsque la date à laquelle serait intervenue la décision de l'administration présenterait un intérêt réel pour le requérant.

Selon la doctrine ces limites seraient parfaitement admises par le Conseil d'Etat : « Le principe de ces limites a donc pu être affirmé par des commissaires du gouvernement ou des commentateurs proches du Conseil d'Etat. On peut admettre de ce fait, qu'elles sont consacrées par la jurisprudence, encore que celle-ci, pour des raisons faciles à comprendre, n'y ait, semble-t-il, jamais fait allusion » (28).

(26) AUBY (J. M.), art. précité, p. 10.

(27) Concl. GULDNER s. C.E., Sect., 7 juin 1957, Brissaud, A.J.D.A., 1957, p. 397 (particulièrement p. 400 et suivantes).

(28) AUBY (J. M.), art. précité, p. 9 ; cf. également : LETOURNEUR (M.), art. précité, p. 54 et DI QUAL (L.) : « La compétence liée », L.C.D.J., Paris, 1961, p. 487-499.

§ II. — *Les insuffisances des raisons pratiques généralement invoquées.*

Le Conseil d'Etat parut attribuer un tel fondement pratique aux solutions qui consistent à rejeter tout moyen invoqué contre un acte administratif exécution d'une obligation de vouloir dès que cette obligation existe, tant qu'il se plaçait, pour se faire, sur le terrain de la recevabilité (29).

Ainsi dans l'arrêt Dirat, le Conseil d'Etat considéra qu'un recours gracieux ne pouvant en aucun cas être accueilli, le « sieur Dirat est sans intérêt à critiquer les irrégularités dont seraient entachées les décisions rejetant sa demande ; qu'ainsi sa requête n'est pas recevable » (30).

Quelques arrêts postérieurs parurent confirmer le terrain sur lequel le Conseil d'Etat entendait se placer (31), mais la question ne fut bientôt plus envisagée sous l'angle de la recevabilité (32).

Le fondement pratique du refus du juge administratif de sanctionner l'irrégularité d'un acte exécution d'une obligation de vouloir paraît en effet extrêmement critiquable.

1°) On peut, tout d'abord, douter que l'annulation d'un acte administratif dans de telles hypothèses serait sans effet et même sans effet pratique : « On refuse de censurer une illégalité qui est susceptible d'être grave sous le prétexte que cette censure serait sans effet pratique, mais elle pourrait avoir une valeur morale ou une valeur éducative ; en outre, l'administration est sans doute obligée de reprendre un acte identique après l'annulation du premier, mais il est possible qu'elle s'en abstienne en fait ; et les cas d'une telle abstention ne sont pas hypothèse d'école ; enfin, n'est-il pas délicat d'affirmer, au moment où l'on se refuse à annuler une décision, que cette annulation serait sans effet pratique ? Le juge peut-il en être sûr » ? (33).

(29) Remarquons que la recevabilité d'un pourvoi s'apprécie toujours, au moins quant à l'intérêt de son auteur, eu égard aux conclusions et qu'un requérant peut invoquer à l'appui de sa requête tous les moyens que la juridiction administrative a qualité pour examiner sans qu'on puisse opposer à certains de ces moyens une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt. Les solutions que nous évoquons présentaient donc un caractère exceptionnel.

(30) C.E., Sect., 26 mai 1950, Sieur Dirat, p. 322.

(31) C.E., 19 novembre 1954, Sieur Greffe, p. 603 ; C.E., 24 février 1956, Sieur Dirat.

(32) Cf. AUBY (J. M.) et DRAGO (R.) : « Traité de contentieux administratif », L.G.D.J., Paris, 1962, t. III, n° 1165, p. 46.

(33) LETOURNEUR (M.), art. précité, p. 53-54.

2°) Le Conseil d'Etat ne paraît pas avoir admis que l'intérêt du requérant à l'annulation d'un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'une irrégularité doive entraîner son annulation (34).

L'exemple de la réalisation d'une telle hypothèse est fourni par M. le commissaire du gouvernement Guldner dans ses conclusions sur l'affaire Brissaud : « Dans l'affaire Soleil, le licenciement de l'intéressé aurait régulièrement été prononcé dès la suppression de son emploi par le texte réglementaire créant un nouvel institut d'odonto-stomatologie ; mais en fait, le licenciement n'a pris effet qu'à compter de la mesure individuelle attaquée, de sorte qu'on peut se demander s'il n'aurait pas fallu, dans ce cas, examiner les moyens de fond invoqués contre cette mesure et probablement l'annuler pour vice de procédure » (35).

La solution proposée par M. le commissaire du gouvernement Guldner supposerait, tout d'abord, que, lorsque l'administration doit prendre un acte exécution d'une obligation de vouloir, elle dispose pour cet acte du choix du moment (36). Or, une telle affirmation est, nous l'avons vu, critiquable (37). De plus, le seul arrêt que l'on cite comme étant intervenu dans une telle hypothèse est précisément l'arrêt Soleil du 3 avril 1957, dans lequel le Conseil d'Etat refuse d'annuler la décision.

3°) Enfin le fondement pratique de la jurisprudence que nous examinons supposerait que le refus du juge administratif d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'une irrégularité soit, pour lui, un droit, une possibilité.

Ainsi, M. le commissaire du gouvernement Guldner affirmait : « Remarquons que si vous reconnaissez *le droit* de rejeter au fond le recours formé contre une décision que l'administration était tenue de prendre » (38) et M. Auby soulignait que

(34) Cf. sur ce point : LANDON (P.) : « Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954 », op. cit., p. 107.

(35) Concl. GULDNER s. Brissaud, précitées, p. 401.

(36) Cf. FOURNIER (J.) et BRAIBANT (G.) qui soulignent que l'arrêt Soleil est intervenu « dans le cas d'une décision positive que l'administration n'était pas tenue de prendre à une date déterminée », Encyclopédie Dalloz, op. cit., n° 602, p. 733.

(37) Cf. supra et chronique LABETOULLE et CABANES, qui rejettent une telle interprétation comme non conforme à la théorie de la compétence liée (chr. précitée, p. 277-278).

(38) Concl. GULDNER s. Brissaud, précitées, p. 400.

dans une telle hypothèse « le juge pourrait (tout au moins si le moyen inopérant était fondé) prononcer l'annulation de l'acte attaqué » (39).

L'examen de la jurisprudence semble pourtant montrer qu'une telle possibilité n'existe pas pour le juge.

Tout d'abord, il faut remarquer, avec M. Auby, que le moyen inopérant ne peut être retenu par le juge pour fonder sa décision et que s'il apparaît qu'une juridiction a retenu un moyen inopérant et a fondé sur lui sa décision, le juge d'appel prononce l'annulation du jugement. Ainsi le Conseil d'Etat considère qu'un fonctionnaire ayant par l'effet d'une condamnation perdu la jouissance d'une partie de ses droits civiques, l'arrêté le licenciant « s'est borné à tirer les conséquences nécessaires de cette condamnation que, dès lors, le délégué général du gouvernement en Algérie est fondé à soutenir que les moyens invoqués contre son arrêté étaient inopérants et que c'est à tort, que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Alger a annulé ledit arrêté » (40).

Sans faire appel à la notion de moyen inopérant, le Conseil d'Etat a considéré dans un autre arrêt qu'une circonstance obligeait, à elle seule, le préfet de la Drôme à rejeter des demandes présentées en vue de la conclusion ou du renouvellement de contrats pour des cours complémentaires et « que, dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin d'examiner le bien fondé de l'autre motif des décisions préfectorales, le ministre de l'éducation nationale est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Grenoble, limitant son contrôle à la validité de cet autre motif, qu'il a estimé illégal, a prononcé l'annulation des décisions du préfet de la Drôme » (41).

D'autres arrêts marquent avec plus de clarté encore que le refus d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'irrégularité s'impose au juge. Le Conseil d'Etat a expressément affirmé qu'une commission étant tenue de rejeter les réclamations des

(39) AUBY (J. M.), art. précité, p.8.

(40) C.E., 1^{er} février 1961, Délégué général du gouvernement en Algérie c/ sieur Allali, p. 74.

(41) C.E., Sect., Ministre de l'éducation nationale c/ demoiselle Parayre et autres, p. 546.

requérants, « aucun des moyens invoqués par ces derniers n'a pu entraîner l'annulation du rejet par elle prononcée » (42).

Il faut enfin remarquer que la substitution de motifs, lorsqu'on est en présence d'un acte exécution d'une obligation de vouloir, s'impose également au juge ainsi que l'affirme M. Kornprobst : « Le juge doit opérer une substitution de motifs lorsque la compétence de l'administration était liée, c'est-à-dire qu'il doit substituer au texte invoqué par l'administration le texte d'où résulte la compétence liée. Il donne ainsi une base légale à la décision prise à juste titre mais mal justifiée, ou, à l'inverse, annule une mesure qui n'apparaissait pas, au premier abord, comme ayant un caractère illégal » (43).

L'ensemble des remarques que nous venons de formuler semble montrer qu'il est insuffisant de vouloir fonder sur des raisons purement pratiques la jurisprudence par laquelle la haute juridiction refuse d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'irrégularité, dès lors que l'obligation de vouloir existe.

§ III — *L'explication proposée : le fondement juridique de l'attitude du juge.*

La jurisprudence en vertu de laquelle le Conseil d'Etat refuse d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'irrégularité, paraît devoir s'expliquer uniquement par des raisons juridiques.

Cette jurisprudence découle de l'idée selon laquelle un acte exécution d'une obligation de vouloir est légal dès lors qu'existe une déclaration de volonté d'une autorité administrative et la situation objective à laquelle la réglementation juridique attache la naissance de cette obligation. Dans une telle hypothèse, le refus d'annulation repose sur le fait que l'acte est nécessairement légal et le juge tire cette conséquence de la nature de ces actes.

(42) C.E., 30 octobre 1963, *Ministre de la santé publique et de la population c/ époux Goussebaire-Dupin*, p. 522.

Deux arrêts semblent être tout aussi explicites : C.E., 14 novembre 1962, *Wettel*, n° 50881, p. 853 : un maire étant tenu de rejeter une demande permis de construire, le moyen tiré d'un prétendu détournement de pouvoir ne peut qu'être inopérant ; C. E., 22 mars 1968, *Goldstein*, n° 69922, p. 1068, dans lequel le Conseil d'Etat semble avoir affirmé qu'un moyen tiré du détournement de pouvoir ne peut entraîner l'annulation d'un arrêté rapportant un arrêté illégal.

(43) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 950.

1^o) Une telle affirmation paraît devoir trouver une justification dans les formules qu'emploie le Conseil d'Etat lorsqu'il conclut au rejet d'une requête lui demandant d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir.

La haute juridiction ne se réfère pas d'une manière systématique à la notion de moyen inopérant.

Elle a employé dans le passé et continue d'employer à l'heure actuelle des formules qui révèlent les raisons de son attitude.

Il est vrai que parmi ces formules certaines sont vagues et ne permettent pas d'assigner un fondement précis à la jurisprudence que nous analysons. Il en est ainsi lorsque le Conseil d'Etat affirme qu'un requérant « n'est, en tout état de cause, fondé à se prévaloir », à l'appui de conclusions dirigées contre le rejet d'une demande qui constituait un acte exécution d'une obligation de vouloir. « ni de ce que son dossier n'a pas été soumis à l'appréciation de la commission paritaire des agents des cadres spéciaux des bases aériennes, ni de ce que sa demande a été regardée comme une demande de titularisation dans le cadre normal des corps des ingénieurs des ponts et chaussées » (44) ; ou lorsqu'il constate que la demande d'attribution d'une pension proportionnelle présentée par un militaire ne pouvait en aucun cas être accueillie et que « dans ces conditions et nonobstant la circonstance que l'intendant militaire signataire de la décision était incompétent pour signer une décision en matière de pension, n'ayant reçu à cet effet aucune délégation du ministre des armées, seul habilité à accueillir ou rejeter une demande de pension, le sieur Benbahi n'est pas fondé à prétendre que c'est à tort qu'une pension proportionnelle lui a été refusée » (45).

Toutes aussi vagues sont les formules par lesquelles le Conseil d'Etat affirme : qu'un arrêté ayant pour objet de retirer un arrêté antérieur illégal, « dans ces conditions, les moyens tirés par l'association requérante de ce que l'arrêté attaqué serait entaché de détournement de pouvoir et aurait été pris sur le fondement de faits matériellement inexacts, ne sont, en tout état de cause, pas de nature à entraîner l'annulation » (46) ; ou « que l'arrêté du préfet de la Seine du 16 février 1959 étant... entaché d'illégalité, le ministre de la construction, dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique, était légalement tenu d'en prononcer l'annulation, que dès lors, aucun

(44) C.E., 21 avril 1961, Mendez, p. 252.

(45) C.E., Sect., Sieur Benbahi, p. 406.

(46) C.E., Sect., 23 novembre 1962, Association des anciens élèves de l'Institut commercial de Nancy, p. 626.

des moyens invoqués par la demoiselle Poirier, et notamment celui qui est tiré du détournement de pouvoir dont aurait été entaché l'arrêté ministériel prononçant cette annulation, n'est de nature à entraîner l'annulation de ce dernier arrêté » (47) ; ou, enfin, qu'une circonstance obligeant à elle seule un préfet à rejeter une demande, « dans ces conditions et sans qu'il y ait lieu d'examiner le bien fondé des autres motifs également contestés sur lesquels le préfet avait fondé sa décision, les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision préfectorale attaquée » (48).

Mais le Conseil d'Etat emploie, épisodiquement il est vrai, des formules qui ne laissent aucun doute sur le fondement de la jurisprudence en vertu de laquelle la haute juridiction refuse d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir dès lors que l'existence du fait générateur de cette obligation est incontestable.

Appartiennent à cette catégorie les formules dans lesquelles le Conseil d'Etat affirme qu'un moyen invoqué contre un acte exécution d'une obligation de vouloir ne peut être qu'inopérant ou ne peut qu'entraîner l'annulation de cet acte (49).

Le caractère impératif de cette impossibilité ne peut découler que du caractère nécessairement légal de tels actes.

Certains arrêts du Conseil d'Etat sont parfaitement explicites à cet égard.

Ainsi, dans un arrêt du 17 juillet 1953, il affirme qu'alors même que certaines circonstances constitueraient une méconnaissance de formalités imposées par la loi du 19 décembre 1917, elles « ne sauraient exercer une influence sur la validité de la décision du préfet, lequel... était dans l'obligation légale de refuser de faire droit à la demande » (50).

(47) C.E., 13 juillet 1963, Epoux Meyer, p. 427.

(48) C.E., Sect., 11 mars 1966, Demoiselle Leriche et sieur Sacre, p. 207.

(49) C.E., 8 janvier 1959, Demoiselle Cabanac, p. 1085 : « Si la requérante fait valoir que l'avis du comité départemental des pharmaciens est entaché de vice de forme, cette circonstance ne saurait exercer une influence sur la validité de la décision du préfet, lequel était dans l'obligation légale de refuser l'autorisation sollicitée » ; C.E., 14 novembre 1962, Wettel, n° 50881, p. 853 ; C.E., 30 octobre 1963, Ministre de la santé publique et de la population c/ époux Goussebaire-Dupin, p. 522 ; C.E., 22 mars 1968, Goldstein, n° 69922, p. 1068.

Cf. également : C.E., 3 janvier 1962, Ville d'Aix-en-Provence, sieur Mouret et autres : un préfet étant tenu de déclarer nulle de droit la délibération d'un conseil municipal, « dès lors, le grief de détournement de pouvoir formulé contre l'arrêté attaqué, ne saurait, en tout état de cause, être accueilli ».

(50) C.E., Sect., 17 juillet 1953, Société des établissements Dubout et Casanova, p. 382.

Depuis, plusieurs arrêts ont confirmé l'absence d'influence possible d'irrégularités entachant des actes exécution d'une obligation de vouloir sur leur légalité. Le Conseil d'Etat considère ainsi qu'un maire étant légalement tenu de faire cesser une situation irrégulière « dès lors, et quels qu'aient pu être les mobiles qui ont conduit le maire à prendre la décision mettant fin à l'autorisation, ladite décision n'est pas entachée d'illégalité » (51) ; qu'un préfet étant tenu d'abroger un arrêté « la circonstance qu'il en a prononcé l'abrogation sans consulter au préalable le conseil municipal de Gap n'était pas, en tout état de cause, de nature à entacher d'illégalité l'arrêté pris à cette fin » (52) ; qu'un préfet étant tenu de rejeter une demande de transfert d'officine « dès lors, et en admettant même que la proposition du chef du service régional de l'action sanitaire et sociale ait été faite dans des conditions irrégulières », les requérants « ne sont pas fondés à soutenir que le préfet ne pouvait légalement écarter la demande dont il avait été saisi » (53).

Enfin, dans deux arrêts récents, le Conseil d'Etat semble avoir expressément affirmé qu'un acte exécution d'une obligation de vouloir est « nécessairement légal » dès lors que cette obligation existe. Dans le premier arrêt, il s'agissait d'un requérant qui n'avait fait l'objet d'aucune nomination dans un établissement public. L'administration ne pouvait que mettre fin à la situation de fait dans laquelle il se trouvait à l'égard de cet établissement. Le Conseil d'Etat affirma par la suite que la décision prononçant sa radiation de l'effectif du personnel est nécessairement légale et que tous les moyens d'illégalité prononcés à son encontre sont inopérants (54). Dans le second, était en cause le refus d'un maire d'octroyer un permis de construire, alors que le projet de construction méconnaissait les prescriptions du plan d'urbanisme de détail. Le Conseil d'Etat affirma que, dès lors, à défaut de l'octroi d'une dérogation à ces prescriptions, le maire était tenu pour ces seuls motifs de rejeter la demande de permis de construire et que sa décision était nécessairement légale (55).

2°) L'emploi de ces formules, pour révélateur qu'il soit, reste, somme toute, exceptionnel et le juge administratif se contente gé-

(51) C.E., 13 juillet 1962, Syndicat des taxis gapençais, p. 478.

(52) C.E., 29 novembre 1961, Ville d'Agen, p. 669.

(53) C.E., 3 octobre 1969, Consorts Deups, p. 422.

(54) C.E., 26 février 1971, Sieur Houin, n° 78255, p. 1162.

(55) C.E., 26 février 1971, Sieur Alemant et Société civile immobilière du 4, rue Georges-Boisseu à Clichy, n° 78583, p. 1163.

néralement de déclarer que tel moyen invoqué par un requérant à l'encontre d'un acte exécution d'une obligation de vouloir est en tout état de cause inopérant.

Mais l'emploi de la technique des moyens inopérants est parfaitement compatible avec le fondement qui nous paraît justifier la réserve du Conseil d'Etat à l'égard des actes exécution d'une obligation de vouloir.

M. Auby semble d'ailleurs considérer qu'un tel fondement est possible : « La technique du moyen inopérant dont les développements précédents ont pu montrer la place qu'elle occupe dans le contentieux administratif, ne paraît pas pouvoir trouver son fondement dans des considérations purement théoriques. Un tel fondement aurait peut-être pu être proposé si la notion de moyen inopérant avait été limitée à l'hypothèse de compétence liée » (56). S'il en avait été ainsi « on aurait pu songer par exemple à développer l'idée de Bonnard selon lequel la compétence liée entraîne une sorte de « contraction de la légalité », l'acte cessant d'être soumis à certaines des conditions normales de la légalité. La théorie du moyen inopérant trouverait alors son fondement dans les règles de fond de la légalité des actes administratifs » (57).

M. Auby rejette cette explication uniquement parce que l'extension à d'autres hypothèses de l'emploi de la technique du moyen inopérant interdit cette solution et conduit à recourir à des justifications d'ordre pratique.

Un tel argument pourrait être retourné contre son auteur. En effet, M. Auby rejette a priori l'explication du recours à la notion de moyen inopérant par des règles de fond de la légalité des actes administratifs sous prétexte qu'une telle explication romprait l'unité de la théorie du moyen inopérant.

Or, l'objet de son article est précisément de montrer que l'emploi de cette notion s'effectue dans deux séries d'hypothèses très différentes et que le recours à cette notion s'explique de manière différente dans les deux cas (58).

Si l'on fonde, au contraire, le recours à la notion de moyen inopérant, lorsque le Conseil d'Etat l'applique à un acte exécution d'une obligation de vouloir, sur les règles de fond de la légalité de ces actes, sur la constatation que ces actes sont nécessairement

(56) AUBY (J. M.), art. précité, p. 12.

(57) AUBY (J. M.), art. précité, p. 12, note 8.

(58) Cf. *supra*, p. 94-95.

légaux dès que le fait générateur du droit ou de l'obligation qu'ils constatent existe, on constate alors qu'il existe une seule catégorie de moyen inopérant : le moyen inopérant est, qu'il soit qualifié tel à l'égard d'un acte exercice d'un pouvoir de vouloir ou d'un acte exécution d'une obligation de vouloir, un moyen insusceptible de déterminer l'acte juridictionnel parce qu'il est sans influence possible sur la légalité de l'acte, objet du recours.

L'examen des arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat qualifie d'inopérants les moyens invoqués par le requérant à l'encontre d'actes exécution d'une obligation de vouloir confirme cette unité de la notion de moyens inopérants. La haute juridiction établit dans tous ces arrêts un rapport de cause à effet entre l'existence de l'obligation de l'administration ou d'un droit de l'administré et le caractère inopérant des moyens invoqués contre la décision qui constate cette obligation ou ce droit et lui permet de produire leurs effets.

Le Conseil d'Etat constate ainsi : qu'un arrêté s'étant borné à tirer les conséquences nécessaires d'une constatation « dès lors, le délégué général du gouvernement en Algérie est fondé à soutenir que les moyens invoqués contre son arrêté étaient inopérants » (59) ; que l'autorité administrative étant tenue de mettre un fonctionnaire à la retraite à compter d'une certaine date « dès lors les moyens tirés de ce que l'arrêté attaqué serait signé par une autorité incompétente et entaché de détournement de pouvoir sont, en tout état de cause, inopérants » (60) ; que l'intervention de décisions individuelles pour verser des agents intéressés dans un nouveau corps à une date indiquée présentait un caractère obligatoire pour l'administration et « que dans ces conditions, le moyen tiré par le sieur Gaillard, chef de bureau des secrétariats généraux, de la prétendue incompétence dont serait entaché l'arrêté le versant dans le corps autonome du personnel supérieur des bureaux des secrétariats généraux est, en tout état de cause, inopérant » (61) ; qu'un préfet ne pouvant approuver une délibération « par suite, et alors que, s'agissant d'une matière dans laquelle le préfet n'avait aucun pouvoir d'appréciation, le moyen tiré de ce que la décision serait entachée de détournement de pouvoir est inopérant » (62) ; qu'un préfet étant tenu de refuser de délivrer un

(59) C.E., 1^{er} février 1961, Délégué général du gouvernement en Algérie c/ sieur Allali, p. 74.

(60) C.E., 3 novembre 1961, Sieur Smati, p. 611.

(61) C.E., 14 mars 1962, Sieur Gaillard, p. 167.

(62) C.E., 26 février 1969, Sieur Jémoli, p. 122.

certificat, « dans ces conditions, le moyen tiré d'une irrégularité dans la procédure suivie, est, en tout état de cause, inopérant » (63).

Le Conseil d'Etat fonde bien dans tous ces arrêts le caractère inopérant des moyens invoqués sur des règles de fond qui lui paraissent déterminer la légalité d'un acte exécution d'une obligation de vouloir, et l'on doit constater que ces règles sont réduites au minimum : une déclaration de volonté d'une autorité administrative est légale dès lors qu'elle constate un droit ou une obligation dont l'existence est liée à la réalisation d'un fait générateur qui est incontestablement établi (64).

3°) L'existence du fait générateur du droit de l'administré ou de l'obligation de l'administration constitue donc l'élément nécessaire et suffisant de la légalité d'un acte exécution d'une obligation de vouloir.

Aussi doit-on souligner que l'une des limites assignées par le commissaire du gouvernement Guldner au refus du Conseil d'Etat d'annuler un acte exécution d'une obligation de vouloir entaché d'irrégularité est théoriquement justifiée. En effet, lorsque le juge, du fait d'irrégularité de procédure, est mis dans l'impossibilité d'apprécier l'existence du fait générateur de l'obligation, il devrait, semble-t-il, annuler la décision de l'autorité administrative.

Mais l'annulation d'un acte exécution d'une obligation de vouloir pour un tel motif semble devoir être exclue à l'heure actuelle.

En effet, depuis 1957, le Conseil d'Etat n'a cessé d'augmenter le nombre des possibilités d'investigations dont il disposait à l'égard des faits. La référence à l'instruction et non plus simplement aux pièces du dossier est l'une des manifestations de l'accroissement de ce pouvoir (65). Le recours à l'expertise pour déterminer l'existence du fait générateur, même quand celui-ci est défini d'une manière abstraite par la réglementation juridique, en est une autre, particulièrement révélatrice du désir du Conseil d'Etat de constater, malgré

(63) C.E., 7 octobre 1969, Dame Boutaud de La Combes, p. 411.

(64) Remarquons que cette affirmation n'est pas compatible avec l'idée que le recours à la notion de moyen inopérant correspond à une certaine nécessité pratique. Il s'agit simplement de distinguer la justification du caractère inopérant d'un moyen, qui est, croyons-nous, purement juridique et la justification du recours à la notion de moyen inopérant, plutôt qu'à une périphrase, qui est purement pratique.

(65) Cf. : C.E., 3 mai 1968, Commune de Fraize, p. 270.

toutes les difficultés que cela comporte, la réalisation ou l'absence de réalisation d'une obligation de vouloir (66).

Aussi peut-on conclure que lorsque le juge administratif se trouve en présence d'un acte exécution d'une obligation de vouloir « la recherche des motifs contrôlables change... totalement de direction : elle s'oriente exclusivement vers la recherche directe de la survenance en l'espèce des motifs fixés par la loi, et cela en dehors de toute prise en considération de ce qu'a bien pu penser et vouloir réellement l'auteur de l'acte » et que « dès lors... que l'acte obligatoire repose sur ces justes motifs, le Conseil d'Etat refuse de prendre en considération toute critique qu'en ferait le requérant sur le terrain de l'incompétence de son auteur, sur celui du vice de forme ou du détournement de pouvoir ; il considère, en effet, qu'à les supposer même comme établis ces vices seraient sans influence sur la légalité de l'acte » (67). Pour ce faire le juge se place, croyons-nous, sur le plan de la légalité pure : il considère qu'un acte exécution d'une obligation de vouloir est légal dès qu'existe le fait générateur de cette obligation et que cette obligation a été constatée par une autorité administrative, quelle qu'elle soit.

Cela confirme que le pouvoir d'échapper à une obligation de vouloir n'appartient pas à l'autorité administrative compétente et que ce pouvoir est purement formel.

(66) Cf. : C.E., Sect., 3 mai 1963, *Ministre des travaux publics et des transports, commune de Saint-Brévin-les-Pins et autres*, p. 259 ; A.J.D.A., 1963, p. 343, note Gentot et Fourré ; R.D.P., 1963, 1174, note Waline ; C.E., 24 mai 1968, *Dame Béchu*, p. 332.

(67) PACTEAU (B.), *op. cit.*, p. 130.

CHAPITRE SECOND

LES CAUSES SPECIFIQUES DE L'ANNULATION DES ACTES EXERCICE D'UN POUVOIR DE VOULOIR

L'appréciation de la validité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir, conduit le juge administratif à vérifier le respect par ces actes des limites objectives que la norme juridique établit aux pouvoirs des autorités administratives, limites qui conditionnent l'existence ou la possibilité d'exercice de ces pouvoirs. L'annulation de ces actes administratifs pour défaut de base légale fournit un exemple contentieux de l'examen de leur validité d'un point de vue objectif.

Mais la validité de cette catégorie d'actes administratifs s'apprécie largement aussi d'un point de vue subjectif : l'objet de ce chapitre est de montrer que, de plus en plus, le Conseil d'Etat examine la validité de ces actes en prenant en considération le jeu de la volonté de leur auteur.

La jurisprudence du Conseil d'Etat confirme ce point de vue dans de nombreuses hypothèses et l'étude de la plupart des causes d'annulation d'un acte administratif trouverait vocation à être conduite dans ce chapitre.

Il en va tout d'abord ainsi de la jurisprudence relative à l'annulation des actes exercice d'un pouvoir de vouloir pour incompétence, qui montre bien le rôle positif qu'attribue la haute juridiction à la volonté de l'autorité administrative compétente et les recherches subjectives auxquelles le respect des compétences conduit le Conseil d'Etat, par exemple lorsqu'il annule pour incompétence une décision prise par une autorité compétente, mais sur l'injonction d'une autorité administrative par laquelle l'auteur de l'acte s'est estimé lié (cf. par exemple C.E., 4 avril 1962, Ministre de la santé publique, et C.E., 24 mai 1962, Sieur Bonnet).

L'étude de la distinction établie par le Conseil d'Etat entre les formalités substantielles et les formalités non substantielles, dans la mesure où elle montre que la haute juridiction s'attache moins au non respect des formes qu'aux répercussions que ces formalités sont susceptibles d'avoir sur le fond de la décision, en particulier parce que leur accomplissement peut modifier la décision de l'autorité administrative compétente, pourrait également être menée ici.

Tout aussi significative apparaît la jurisprudence relative au contrôle de l'exactitude matérielle des faits. M. Letourneur a parfaitement résumé l'évolution qu'a manifestée la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce qui concerne ce contrôle : « La notion de fait matériellement inexact apparaît comme une notion simple, brutale et c'est bien ainsi que la jurisprudence l'a longtemps comprise. Mais, à la lumière de certaines décisions récentes, elle semble devenue singulièrement plus complexe. Elle recouvre, en effet, non plus seulement la constatation de l'existence ou de la non existence d'un fait sur lequel l'autorité administrative a fondé sa décision, mais encore le contrôle du point de savoir si l'appréciation ou l'interprétation de ce fait a été exactement donnée par cette autorité » (68).

Les arrêts cités par M. Letourneur montrent bien que l'inexactitude matérielle des faits est appréciée en fonction de la représentation qu'en a eue l'auteur de l'acte et non en fonction de leur seule existence objective.

Ainsi, dans un arrêt du 20 juillet 1951, le Conseil d'Etat considère qu'« aucune pièce du dossier ne corrobore le grief tiré du comportement général du requérant, que, d'autre part, il résulte de l'examen de la correspondance échangée entre lui et les autorités allemandes, visées au dossier, que l'administration a donné à celle-ci une portée matériellement inexacte ; que par suite, le sieur Fiat est fondé à soutenir que les arrêtés attaqués, reposant sur des faits matériellement inexacts, sont entachés d'excès de pouvoir » (69).

Plutôt que de revenir sur ces jurisprudences bien établies, il paraît plus intéressant de mettre l'accent sur trois évolutions jurisprudentielles récentes : celle relative à l'annulation des actes administratifs pour défaut d'examen particulier, par l'autorité administrative compétente, des circonstances de l'affaire ; celle relative à l'annulation des actes administratifs pour erreur

(68) LETOURNEUR (M.) : « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1953, p. 69.

(69) C.E., 20 juillet 1951, Sieur Fiat.

Cf. également : C.E., 13 juin 1951, Sieur Desjardins ; C.E., 28 juillet 1951, Société des laboratoires S.M.P. ; C.E., 7 mai 1952, Urrutiaguer.

manifeste d'appréciation ; enfin celle relative aux caractéristiques que doivent présenter les motifs pour avoir une influence sur la légalité de l'acte administratif attaqué.

Ces trois évolutions jurisprudentielles sont particulièrement caractéristiques du point de vue subjectif à partir duquel le Conseil examine la validité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir.

SECTION I

LE DEFAUT D'EXAMEN PARTICULIER DES CIRCONSTANCES DE L'AFFAIRE

La jurisprudence en vertu de laquelle le Conseil d'Etat annule un acte administratif pris par une autorité administrative sans examen des circonstances de l'affaire s'applique à tout acte exercice d'un pouvoir de vouloir.

L'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire se présente donc comme un principe très général : « Originellement, le juge a tiré cette « règle » des nécessités propres à telle ou telle compétence, lorsque la loi d'habilitation elle-même en subordonnait la mise en œuvre à une prise en considération précise des circonstances de l'affaire. Ainsi, la loi du 13 juillet 1906 prévoyait-elle des autorisations préfectorales pour déroger à la règle du repos dominical « lorsqu'il est établi que le repos simultané le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement » ; le Conseil d'Etat déduisit sans peine de ces dispositions la nécessité pour le préfet d'examiner les circonstances particulières de clientèle et de fonctionnement de l'établissement », et pour cette raison censura les actes dont les motifs traduisaient par trop l'absence de cet examen spécial. Mais le Conseil d'Etat a rapidement donné une portée d'ordre beaucoup plus général à ce qui est devenue « sa » règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire pour l'attacher systématiquement à toute hypothèse où l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation des circonstances, surtout lorsqu'il s'agit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire » (70).

(70) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 268-269.

L'application systématique de cette règle semble remonter à un arrêt *Sieur Piron* du 24 juillet 1942 (71).

L'application de cette règle lorsque l'autorité administrative dispose d'un libre pouvoir de vouloir est parfois considérée comme un moyen indirect permettant au juge administratif d'assujettir le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative à de nouvelles limitations (72).

Une telle interprétation est toutefois loin de faire l'unanimité. Elle est critiquée par M. Vénézia qui voit dans l'obligation imposée à l'autorité administrative compétente de procéder à un examen préalable particulier des circonstances de l'affaire « une exigence impliquée par la notion même de pouvoir discrétionnaire » (73). Ce contrôle ne viserait nullement à supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administration mais tout au contraire, à garantir aux administrés « qu'il en sera fait un usage normal » (74).

Si cette deuxième interprétation doit être retenue, l'obligation imposée à l'autorité administrative d'examiner les circonstances de l'affaire lorsqu'elle s'appliquerait à un libre pouvoir de vouloir de cette autorité, aurait pour raison d'être de préserver l'autonomie de la volonté de l'autorité administrative compétente.

L'application de la règle par le Conseil d'Etat aux actes exercice d'un pouvoir de vouloir montre qu'il en est bien ainsi à l'heure actuelle, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser, dans le passé, une jurisprudence d'ailleurs imprécise.

§ I. — *L'ambiguïté des solutions jurisprudentielles instaurant l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire.*

Dans un certain nombre d'arrêts, le Conseil d'Etat parut sanctionner, en invoquant l'obligation pour une autorité administrative

(71) C.E., Ass., 24 juillet 1942, *Sieur Piron*, p. 233.

Cf. : KAHN, concl. s. C.E., Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ dame Perrot*, A.J.D.A., 1968, p. 179.

(72) Cf. par exemple : MEGRET (J.) : « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire », E.D.C.E., 1953, fasc. 7, p. 77 et 79 ; BOURDONCLE : « Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français », Paris, L.G.D.J., 1957, p. 47.

(73) VENEZIA (J. C.) : « Le pouvoir discrétionnaire », Paris, L. G. D. J., 1958, p. 139.

(74) Eod. loc., p. 138.

d'examiner les circonstances de l'affaire, des obligations de fond relatives à l'exercice d'un pouvoir de vouloir.

Ces obligations paraissent être au nombre de quatre.

1°) L'autorité administrative ne pourrait d'abord, dans l'exercice d'un pouvoir de vouloir, fonder sa décision sur un motif d'ordre général.

Une telle interdiction résulterait d'un arrêt du 4 mai 1945, *Sieur Le Her* (75). Pour rejeter le recours formé par le sieur Le Her contre une décision du préfet du Finistère lui refusant l'autorisation d'ouvrir un commerce d'appareils orthopédiques et d'optique à Landivisau, le secrétaire d'Etat à la production industrielle s'était fondé uniquement sur la pénurie de matières premières et les difficultés d'approvisionnement qui en résulteraient pour les commerçants similaires déjà installés. Le Conseil d'Etat remarqua que le secrétaire d'Etat n'avait pas procédé à un examen particulier des circonstances propres au commerce dont il s'agissait dans la localité où l'intéressé entendait s'installer et qu'il s'était borné à invoquer un motif d'ordre général qui aurait conduit à rejeter dans tous les cas des demandes concernant de nouvelles entreprises commerciales, même si elles répondaient à des besoins locaux. Un tel motif n'était pas selon la haute juridiction de nature à justifier légalement le refus de l'autorisation sollicitée.

Cette interdiction paraît résulter d'une manière plus nette encore d'un arrêt du 15 juin 1951, *Galetzky* (76). Pour refuser au requérant la carte de commerçant étranger qu'il avait sollicitée, le ministre de l'industrie et du commerce s'était fondé sur le motif que les fonds disponibles sont en principe réservés aux Français. Le Conseil d'Etat constata que l'administration avait le pouvoir d'apprécier à l'occasion de chaque demande l'opportunité de la délivrance ou du refus d'une carte de commerçant étranger, mais que, en l'espèce, la décision était uniquement fondée, à l'exclusion de tout motif tiré de l'examen individuel des faits, sur l'affirmation d'un principe d'ordre général, lequel ne résultait pas des textes. Par suite, ladite décision méconnaissait la portée de la législation en la matière et était entachée d'excès de pouvoir.

L'attribution d'un pouvoir de vouloir à une autorité administrative exclurait donc que celle-ci puisse se déterminer exclusivement pour des motifs d'ordre général.

(75) C.E., 4 mai 1945, *Sieur Le Her*, p. 90.

(76) C.E., 15 juin 1951, *Galetzky*, S., 1951, 3, p. 93, note M. L.

2°) L'autorité administrative ne pourrait, dans l'exercice d'un pouvoir de vouloir, se déterminer en fonction de directives émanant d'une autorité hiérarchiquement supérieure.

Dans un arrêt Grobel, le Conseil d'Etat a jugé que si une disposition laissait à l'autorité militaire la faculté de renouveler ou non les commissions des militaires de carrière, elle impliquait pour elle l'obligation de rechercher, dans chaque cas particulier, quelle suite devait être donnée à une demande de renouvellement. Il annula une décision portant refus d'accorder renouvellement au requérant, parce que le ministre, sans procéder à un examen particulier du cas de l'intéressé, s'était uniquement fondé sur une décision ministérielle prévoyant que les contrats en cours ne seraient, en aucun cas, renouvelés à leur expiration (76).

3°) L'autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir ne pourrait fixer des règles générales qui la guideraient dans l'exercice de son pouvoir.

Un arrêt du 14 octobre 1955 constituerait une illustration particulièrement probante de l'existence de cette règle (77). En émettant un avis défavorable au vu duquel a été prise une décision comportant un rejet de demande de mutation formée par une dame Génin, une commission s'était bornée à appliquer une règle générale qu'elle avait adoptée préalablement et en vertu de laquelle devaient être écartées toutes les demandes de mutations émanant de directeurs et directrices d'écoles de plus de 54 ans au 1^{er} novembre de l'année en cours. Le Conseil d'Etat jugea qu'il n'appartenait ni à la commission ni à l'autorité administrative compétente pour se prononcer sur les mutations, d'établir une règle générale de cette nature, laquelle faisait obstacle pour les agents qu'elle concernait, à l'examen auquel il devait être procédé.

Un arrêt du 21 décembre 1945 prouverait également l'existence d'une telle règle (78). Le préfet du Pas - de - Calais avait rejeté une demande d'autorisation du sieur Bommier à exercer la pro-pharmacie. Cet arrêté avait été pris en application d'instructions ministérielles fixant à cinq kilomètres de la pharmacie la plus proche, le périmètre dans lequel aucun médecin ne pouvait être admis à délivrer des médicaments. Or, l'arti-

(76) C.E., 30 juin 1950, Sieur Grobel, p. 398.

Cf. également : C.E., 3 décembre 1948, Sieur Trébuchet, p. 452.

(77) C.E., 14 octobre 1955, Dame Génin, p. 480.

(78) C.E., 21 décembre 1945, Sieur Bommier, p. 266.

de 29 de la loi du 11 novembre 1941 conférait aux préfets le droit d'accorder de telles autorisations aux docteurs en médecine établis dans des agglomérations où il n'y avait pas de pharmacie ayant une officine ouverte au public, sans soumettre à aucune autre condition l'exercice du pouvoir d'appréciation attribué au préfet en cette matière. Le Conseil d'Etat considéra que si le préfet pouvait déterminer dans chaque cas d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire et notamment en tenant compte des communications, si la distance de l'officine desservant la circonscription où opère un médecin est assez grande pour motiver une décision autorisant celui-ci à délivrer des médicaments, en s'opposant à ce que cette autorisation soit accordée à un médecin installé à une distance déterminée uniformément pour la généralité des cas, les instructions ministérielles avaient fait des dispositions de la loi du 11 novembre 1941, une fausse interprétation.

4°) L'arrêt Bomnier serait également révélateur d'une quatrième règle qui s'imposerait à l'autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir : celle de se déterminer en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire.

Non seulement l'administration devrait se déterminer, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir de vouloir, en fonction des circonstances particulières, mais encore elle devrait tenir compte de toutes les circonstances particulières au cas d'espèce : c'est notamment ce qu'affirme M. Bourdoncle (79).

Si la règle obligeant une autorité administrative à examiner les circonstances de l'affaire devait être interprétée comme ayant une telle portée, il est bien évident qu'elle ne pourrait trouver son fondement dans la volonté du Conseil d'Etat d'assurer le respect de l'autonomie de la volonté des autorités administratives compétentes.

Un examen de la jurisprudence que nous venons d'évoquer à la lueur de la jurisprudence actuelle, montre qu'il est douteux que le Conseil d'Etat l'ait ainsi, même en temps, comprise.

§ II. — *L'évolution jurisprudentielle récente relative à l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire.*

Sous le couvert de la règle obligeant une autorité administrative à examiner les circonstances de l'affaire, le Conseil d'Etat n'institue

(79) Op. cit., p. 46.

pas une limite relative à la catégorie de motifs qui peuvent valablement déterminer une telle autorité dans l'exercice d'un pouvoir de vouloir.

1°) Une autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir peut se déterminer en fonction de motifs d'ordre général.

Un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 4 octobre 1967, *Ministre de l'agriculture contre sieur Michels* (80), semble bien marquer une évolution par rapport à l'arrêt *Galetzky*.

Le secrétaire d'Etat à l'agriculture avait refusé d'accorder au sieur Michels l'autorisation d'exploiter une ferme dont il était le propriétaire à Bray-sur-Somme. Ce refus était motivé par le fait que le nombre des agriculteurs à la recherche d'une exploitation était supérieur à celui des exploitations disponibles dans le département de la Somme. Il a paru au secrétaire d'Etat qu'autoriser de nouvelles installations d'étrangers dans ce département irait absolument à l'encontre des efforts d'ordre administratif, professionnel et financier entrepris pour la réalisation d'une politique qui tendait à subventionner financièrement le départ vers d'autres régions de candidats exploitants qui ne trouvaient pas de domaines disponibles.

Ainsi que l'affirmait le commissaire du gouvernement Braibant, la jurisprudence *Galetzky* pouvait être transposée en l'espèce, puisque l'autorisation d'exploiter avait été expressément refusée au sieur Michels, en raison de la volonté de l'autorité administrative de ne pas autoriser de nouvelles installations d'exploitants étrangers dans le département de la Somme.

Mais, poursuivait-il, la jurisprudence *Galetzky* ne doit pas être prise au pied de la lettre : elle n'entraîne pas l'obligation pour l'administration de tenir compte seulement des qualités et de la situation personnelle du postulant.

Ainsi que l'affirmait un commentateur de cet arrêt au recueil *Sirey*, l'administration pouvait en outre rechercher si l'octroi de l'autorisation sollicitée était opportun, compte tenu de la situation de la profession en cause, à l'époque envisagée, dans la ville ou dans le département considéré.

Le Conseil d'Etat suivit dans l'affaire *Michels* son commissaire du gouvernement et considéra « que pour refuser l'autorisation demandée par le sieur Michels, le secrétaire d'Etat à l'agriculture ne s'est pas borné à invoquer un motif d'ordre général, mais s'est fondé

(80) C.E., 4 octobre 1967, *Ministre de l'agriculture contre sieur Michels*, A.J.D.A., 1968, p. 169 et suivantes, concl. Braibant.

sur les éléments et sur la situation économique propre au département de la Somme ; qu'il a ainsi procédé à un examen particulier de la demande en se livrant à une appréciation des circonstances locales ».

Cet arrêt paraît bien présenter une évolution notable dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Certes, le Conseil d'Etat souligne que le secrétaire d'Etat à l'agriculture ne s'est pas borné à invoquer un motif d'ordre général, ce qui signifie a contrario que son refus eût été illégal s'il avait invoqué seulement un tel motif.

Mais la cause de cette illégalité paraît profondément différente de celle qui avait entraîné l'illégalité du refus de la carte de commerçant étranger dans l'arrêt Galetzky.

Dans l'arrêt Galetzky, l'exclusion de toute référence à un principe d'ordre général se justifiait si l'on s'en tient au texte même de l'arrêt, par l'obligation qu'avait l'autorité administrative de se déterminer en considérant un motif tiré de l'examen du cas individuel du requérant.

Il est évident qu'une telle obligation n'est pas mise à la charge de l'autorité administrative, dans l'arrêt *Ministre de l'agriculture contre sieur Michels*.

On remarquera d'abord que les éléments de la situation économique constituent des motifs d'intérêts généraux. Et le fait que ce soit des motifs d'intérêts généraux locaux, ne change bien entendu pas leur nature. L'obligation d'apprécier les circonstances locales et l'interdiction faite à l'autorité administrative de se borner à invoquer un motif d'ordre général ne sanctionne donc pas ici une obligation qui s'imposerait à l'autorité administrative de se déterminer uniquement en fonction de la situation du requérant. Elle oblige seulement l'autorité administrative qui invoque un tel motif, à vérifier s'il existe bien en l'espèce. Invoquant un motif abstrait, l'autorité administrative a simplement l'obligation d'invoquer aussi un fait concret qui montre que ces raisons abstraites étaient réalisées en l'espèce. Si un tel motif n'existait pas, la mesure devait être annulée puisqu'elle serait prise sans motif.

La possibilité pour une autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir de se déterminer en fonction de motifs d'ordre général découle également d'un arrêt du 14 février 1968, *Ministre de l'agriculture contre sieur Delory et Declercq et Centre d'insémination artificielle*. En vertu des dispositions de l'article premier de la loi du 15 mai 1946, l'ouverture d'un centre d'insémination artificielle est subordonnée à la délivrance d'une licence par le ministère de l'agriculture. Le Conseil d'Etat considéra « que si le décret du 27 mars

1948 pris en exécution de l'article 2 de la loi, a déterminé les conditions d'ordre technique exigées pour l'attribution de licences, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le ministre puisse pour des motifs tirés de l'intérêt général et en particulier en vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus par la loi, lesquels limitent en la matière l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, refuser l'attribution d'une licence même à des personnes qui remplissent l'ensemble des conditions précisées au décret » (81).

2°) Une autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir peut également fixer les orientations générales qui la guideront dans l'exercice de son pouvoir.

La possibilité pour une autorité administrative de fixer certains critères de jugement en vertu desquels elle exercera son pouvoir de vouloir, ses appréciations dans chaque espèce, a été nettement admise par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 13 juillet 1962, Arnaud et autres (82).

Une circulaire du ministre de la défense nationale prise en 1955 posait un certain nombre de principes dont le ministre entendait s'inspirer dans l'examen de la situation individuelle de chaque officier pour l'élaboration du tableau d'avancement.

Deux officiers, auxquels s'étaient jointes diverses associations de résistance, demandèrent au Conseil d'Etat d'annuler le tableau d'avancement établi pour 1959 pour des officiers de l'armée de terre, en conformité avec les principes de cette circulaire.

Le Conseil d'Etat se prononça d'abord sur la nature de cette circulaire, considérant qu'elle n'avait d'autre objet que de donner aux généraux commandants de région militaire des directives générales pour le travail d'avancement — le ministre se réservant d'apprécier les mérites des officiers de l'armée de terre — et qu'elle n'avait entendu édicter aucune condition nouvelle pour l'établissement des officiers. Le Conseil d'Etat conclut qu'elle n'avait pas le caractère réglementaire et qu'elle constituait une simple mesure d'ordre intérieur.

Toutefois, c'était bien en fonction des principes contenus dans cette circulaire que le ministre avait établi le tableau d'avancement.

(81) C.E., 14 février 1968, Ministre de l'agriculture c/ sieurs Delory et Declercq et Centre d'insémination artificielle.

(82) C.E., 13 juillet 1962, Arnaud et autres, p. 474, A.J.D.A., 1962, p. 561, chronique générale de la jurisprudence administrative par MM. Galabert et Gentot.

La jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat aurait dû normalement le conduire à considérer que le fait pour le ministre de s'être inspiré de tels principes constituait un obstacle à l'examen de la situation individuelle de chaque officier.

Or le Conseil d'Etat adopta une position différente : « Considérant... qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à ce que, dans l'intérêt d'une bonne administration de l'armée, le ministre détermine des critères de caractère général destinés à fixer les principes dont il entend s'inspirer dans l'examen de la situation particulière de chaque officier pour l'élaboration du tableau d'avancement dès lors, d'une part, que ces principes ne présentent pas un caractère impératif et, d'autre part, qu'ils ne sont contraires à aucune règle de droit ».

La solution contenue dans l'arrêt Arnaud fut confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine (83). La commission interministérielle des tarifs avait refusé d'approuver des tarifs d'honoraires prévus par un avenant à la convention conclue entre l'union requérante et la caisse régionale de sécurité sociale pour le remboursement des soins donnés dans le dispensaire mutualiste de Rennes et de Fougères. Cette commission était dotée, ainsi que l'affirma le Conseil d'Etat, d'un pouvoir de vouloir puisqu'elle avait le pouvoir de refuser son approbation lorsque le taux de l'abattement ne lui paraissait pas justifié par les conditions d'installation et de fonctionnement du dispensaire en cause. Le Conseil d'Etat considéra que la commission interministérielle des tarifs pouvait déterminer d'une manière générale les critères qu'elle retiendrait pour fixer le taux d'abattement susmentionné à condition d'apprécier, pour chacun des cas examinés, dans quelle mesure il y avait lieu ou non d'appliquer lesdits critères.

La solution contenue dans les arrêts que nous venons de citer a été reprise dans un arrêt du 11 décembre 1970, Crédit foncier de France contre demoiselle Gaupillat et dame Ader (84). Le Fonds national d'amélioration de l'habitat avait reçu mission de faciliter par une aide financière l'exécution de travaux de réparations, d'assainissement et d'amélioration des immeubles à l'usage principal d'habita-

(83) C.E., Sect., 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine, p. 368 ; A.J.D.A., 1969, p. 57, note Savy.

(84) C.E., Sect., 11 décembre 1970, Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader, Rec., p. 750, concl. Bertrand ; A.J.D.A., 1971, p. 227 et article signé H.T.C. : « De l'arrêt Société maison Géneval à l'arrêt Crédit foncier de France », p. 196-199 ; R.D.P., 1971, p. 1224-1231, note Waline ; D., 1971, p. 673, note D. Lodshak.

tion. Le décret du 26 octobre 1945 confiait à une commission nationale et, suivant certaines conditions, à des commissions départementales d'amélioration de l'habitat, l'emploi des disponibilités du Fonds national. La commission nationale d'amélioration de l'habitat avait pris une directive qui excluait en principe du bénéfice des subventions du Fonds national d'amélioration de l'habitat les travaux de ravalement exécutés sur des immeubles dont le produit des loyers commerciaux atteignait le double des loyers d'habitation. Elle s'était fondée sur cette directive pour refuser à la demoiselle Gaupillat et à la dame Ader, le bénéfice d'une subvention pour des travaux de ravalement qu'elles avaient entrepris sur leur immeuble. Le Conseil d'Etat admit que la référence aux normes contenues dans la directive édictée par la commission, n'entachait pas la décision de refus d'une erreur de droit, puisque cette commission avait défini l'orientation générale en vue de diriger les interventions du Fonds sans renoncer pour autant à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont il s'agit.

Les arrêts Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine et l'arrêt Crédit foncier de France présentent une évolution par rapport à l'arrêt Arnaud en ce qu'ils s'appliquent à une autorité administrative autre que l'autorité ministérielle. A cet égard ils paraissent généraliser à l'ensemble des autorités administratives une solution qu'on aurait pu croire être admise uniquement pour une autorité ministérielle.

Cette généralisation était d'ailleurs implicitement contenue dans la jurisprudence selon laquelle le Conseil d'Etat avait admis la possibilité pour une autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir de se référer à des motifs ou à des critères généraux contenus dans des directives émanant d'une autorité supérieure.

3°) Une autorité administrative peut dans l'exercice de son pouvoir de vouloir se déterminer en fonction de motifs d'ordre généraux ou de critères généraux contenus dans des directives émanant d'autres autorités administratives.

Cette possibilité a été nettement admise par le Conseil d'Etat dans un arrêt de 1963. L'article 22 de l'ordonnance du 11 octobre 1945, codifié sous l'article 340 du code de l'urbanisme, permet aux préfets d'accorder ou de refuser l'autorisation de démolir des locaux d'habitation en lui octroyant un pouvoir de vouloir. Le préfet de la Seine avait subordonné l'octroi d'une autorisation de démolir des bâtiments, autorisation demandée par une société, à l'engagement de la part de

cette société qu'elle reconstitue 486 m² de surface habitable. En prenant cette décision, le préfet s'était conformé à des directives données par le ministre de la reconstruction et du logement. Le Conseil d'Etat considéra « que la circonstance que le préfet de la Seine, en subordonnant la délivrance de l'autorisation à l'engagement susmentionné, se soit conformé aux directives données par le ministre de la reconstruction et du logement pour l'application de la loi dans sa circulaire du 31 décembre 1953, n'est pas par elle-même de nature à entacher d'illégalité la mesure individuelle attaquée » (84 bis).

D'autres arrêts ont confirmé depuis cette possibilité. Citons par exemple l'arrêt du 21 mai 1969, Ministre de l'équipement et du logement contre sieur Bourges. Le ministre des travaux publics et des transports avait dénoncé un contrat portant engagement du sieur Bourges en qualité d'assistant technique de l'équipement hôtelier. Il résultait des pièces du dossier que cette décision avait été prise « non pas pour des motifs concernant la personne de l'intéressé, mais pour l'exécution de directives adressées le 7 août 1962 par le ministre des finances et des affaires économiques à tous les contrôleurs financiers et aux termes desquelles ces derniers étaient invités à refuser leur visa aux contrats qui pourraient être offerts aux personnels placés en position de congé spécial et, au cas où de tels contrats auraient déjà été conclus », informer les départements ministériels des observations du ministre des finances et des affaires économiques « afin que ces contrats ne soient pas renouvelés lorsqu'ils arriveront à expiration ». Le Conseil d'Etat considéra « qu'il résulte des termes même de la lettre contenant ces directives que celles-ci n'étaient pas motivées par une interprétation inexacte de la réglementation en vigueur dont il n'était pas contesté qu'elle ne mettait pas obstacle par elle-même à la conclusion des contrats en question, mais sur des considérations tirées de l'intérêt du service et fondées notamment sur ce que les agents placés en congé spécial devaient normalement trouver un reclassement hors de l'administration et sur ce qu'il y avait intérêt à dégager des postes au bénéfice des agents en provenance d'Algérie » et « que les motifs ainsi exprimés pouvaient fonder légalement la décision de ne pas renouveler le contrat passé avec le sieur Bourges » (85).

4°) Enfin l'autorité administrative peut dans l'exercice d'un pouvoir de vouloir se déterminer en fonction de certains motifs particuliers seulement et non en fonction de toutes les circonstances de l'affaire.

(84 bis) C.E., Sect., 15 mars 1963, Compagnie électro-mécanique, p. 168.

(85) C.E., 21 mai 1969, Ministre de l'équipement et du logement c/ sieur Bourges, p. 257.

Cette possibilité a été nettement admise par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 20 janvier 1971. Pour refuser d'approuver un avenant à une convention passée entre l'Union départementale des sociétés mutualistes du Jura et la Caisse régionale de sécurité sociale de Dijon, réduisant de 30 à 20 % l'abattement prévu par un arrêté. « la commission interministérielle des tarifs s'est, en réalité, fondée sur les directives qui sont contenues dans deux circulaires du 29 novembre 1960 et du 29 mars 1961 ».

Le Conseil d'Etat considéra que l'Union départementale « ayant fait valoir que l'application à son cabinet dentaire de Lons-les-Saunier de l'abattement de 30 % susmentionné était la cause d'un déficit d'exploitation, la commission nationale a pu légalement estimer qu'elle n'avait pas à prendre en considération ce déficit, qui n'était pas prévu par les directives figurant dans les circulaires précitées » (86).

La règle obligeant une autorité administrative lorsqu'elle exerce un pouvoir de vouloir à examiner les circonstances particulières d'une affaire ne peut donc, en vertu de la jurisprudence que nous venons d'analyser, être conçue comme impliquant une limite de ce pouvoir.

§ III — *Le fondement de l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire.*

La règle obligeant l'autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir à examiner les circonstances particulières de l'affaire apparaît « comme une modalité du contrôle juridictionnel qui, tout en s'exerçant sur le pouvoir discrétionnaire lui-même et non sur ses limites, n'aboutit pas pour autant à transférer au juge le pouvoir de libre appréciation de l'administrateur » (87).

Lorsqu'elle s'applique à un libre pouvoir de vouloir d'une autorité administrative, la règle selon laquelle cette autorité doit examiner les circonstances particulières de l'affaire a pour objet de vérifier si le libre pouvoir de vouloir s'est bien exercé, si le libre jeu de la volonté dont cet acte est l'expression n'a pas été faussé.

L'obligation pour une autorité administrative de ne se déterminer qu'après un examen particulier des circonstances de l'affaire apparaît dès lors non seulement compatible avec le pouvoir dont certains actes

(86) C.E., 20 janvier 1971, Union départementale des sociétés mutualistes du Jura, p. 46, D., 1971, 673, note Lodshak.

(87) VENEZIA (J. C.) : « Le pouvoir discrétionnaire », *op. cit.*, p. 137.

administratifs sont l'expression, mais encore conforme à la nature de ces actes.

L'existence du libre jeu de la volonté suppose, en effet, un certain nombre de conditions. Il suppose d'abord que l'autorité administrative ne se soit pas liée elle-même à l'avance dans son appréciation par des règles impératives et que l'autorité administrative compétente pour exercer le pouvoir de vouloir ne se soit pas considérée comme liée par des règles émanant d'une autre autorité administrative. Il suppose ensuite qu'à l'heure du choix, l'autorité administrative ait pleine connaissance des circonstances de l'affaire et puisse se déterminer « en toute connaissance de cause », c'est-à-dire sans ignorer un élément de l'affaire. En effet, rien ne dit que si l'administration a ignoré un élément de l'affaire, elle aurait, l'ayant connu, « voulu agir comme elle l'a fait » (88). L'absence d'examen des circonstances de l'affaire laisse supposer que l'une ou l'autre de ces conditions n'ont pas été remplies.

1°) L'autonomie de la volonté dont les actes exercent d'un pouvoir de vouloir est l'expression suppose que l'autorité administrative possède, au moment où elle prend sa décision, sa liberté de choix.

C'est bien ce qu'exprime M. le commissaire du gouvernement Bertrand, lorsqu'il affirme que « s'il n'y a pas d'obstacles de principe, en l'état actuel de notre jurisprudence, à ce que, pour garantir aux administrés le minimum d'égalité de traitement, l'autorité administrative investie d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire définisse pour elle-même une doctrine d'action », il ne faut pas que cette doctrine consiste « en l'énoncé de règles proprement dites à caractère contraignant » (89).

Pourtant, au début du siècle, le doyen Hauriou avait cru pouvoir dégager un principe selon lequel toute décision exécutoire particulière doit avoir été précédé d'une disposition réglementaire en vertu de laquelle elle serait prise (90). L'auteur voyait dans cette maxime l'un des éléments essentiels des procédures rationnelles de l'administration, qui constituerait une garantie particulièrement efficace pour les particuliers.

(88) WALINE (M.), note s. C.E., 16 novembre 1928, Foucher, D., 1929, III, p. 33.

(89) BERTRAND, concl. s. C.E., Sect., Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader, p. 750.

(90) HAURIOU (M.), note S., 1910, 3, 129, et J.A., I, 607, s. T. C., 22 avril 1910, Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment ; T.C., 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne c/ Abbé Mignon et autres ; C.E., 8 juillet 1910, Abbé Bruant.

Or, la jurisprudence récente, qui permet à une autorité administrative de se référer à des critères généraux dans l'exercice de son pouvoir de vouloir, a parfois été interprétée comme permettant à cette autorité d'exercer un véritable pouvoir réglementaire.

Dans ses conclusions sous l'arrêt Société distillerie Brabant et Cie du 23 mai 1969, M^{me} Questiaux proposait au Conseil d'Etat de reconnaître au ministre compétent en matière d'incitations économiques un pouvoir réglementaire autonome (91).

Ce pouvoir réglementaire serait d'abord justifié dans le cas de l'espèce par le principe de l'égalité fiscale et de la libre concurrence. En effet, dans l'affaire distillerie Brabant, les textes ne permettaient à l'administration de déroger à l'égalité fiscale que pour réaliser un objectif de modernisation économique. Les administrés sont fondés à demander qu'il ne soit porté à ce principe que des atteintes justifiées par l'objectif économique ou social recherché. La publication du critère de discrimination assurerait la sécurité et faciliterait le contrôle du juge sur l'action économique de l'Etat en permettant à l'administré de déférer la règle générale. De plus, la fixation de critères préalables serait une nécessité liée au fonctionnement de l'administration moderne. Enfin, il serait naturel que ce pouvoir réglementaire soit exercé par l'autorité qui a connaissance du tableau de l'évolution économique résultant des demandes individuelles et qui est à même d'apprécier leur conformité avec les objectifs de la loi.

Les avantages de l'adoption par voie réglementaire de principes destinés à servir de base aux décisions particulières que les ministres sont amenés à prendre en application de textes de loi ou de décrets ont été soulignés également par M^{me} Wiener (92).

Un tel pouvoir réglementaire faciliterait d'abord l'efficacité de l'action administrative. La définition d'une doctrine claire permettrait la régularisation de l'activité des ministres et accélérerait le fonctionnement du service.

Elle permettrait également aux administrateurs de se trouver mieux armés pour résister aux pressions dont ils pourraient être l'objet.

Du point de vue des administrés, le système serait tout aussi valable : il les protégerait contre les discriminations arbitraires en les soumettant à un régime uniforme et garantirait l'égalité de traitement dans une situation donnée.

(91) Concl. QUESTIAUX s. C.E., Sect., Société distillerie Brabant et Cie, A.J.D.A., 1969, p. 640 et suivantes.

(92) WIENER (C.) : « Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres », Paris, L.G.D.J., 1970, p. 137-139.

Cette défense du règlement préalable à toute décision individuelle, qui rejoint les soucis manifestés par Maurice Hauriou, a conduit certains auteurs et notamment M^{me} Wiener à analyser les arrêts permettant aux autorités de se déterminer en fonction de critères généraux, préalablement établis, dans l'exercice d'un pouvoir de vouloir, comme consacrant, tout au moins pour les ministres, l'existence d'un pouvoir réglementaire (93). De l'analyse de la jurisprudence récente, M^{me} Wiener conclut : « Il semble que l'on puisse conclure de toute cette jurisprudence que les principes traditionnels doivent être, sinon renversés, du moins très largement infléchis. Au lieu de considérer comme la règle les cas où les ministres sont juridiquement tenus de n'agir que par voie de décision individuelle, on peut admettre qu'ils ont, d'une façon générale, le droit de définir par voie réglementaire les principes directeurs de leur action, réserve faite des hypothèses, finalement assez peu nombreuses, dans lesquelles le règlement est formellement contraire à la lettre ou à l'esprit du texte d'habilitation » (94).

Si tel était le cas, ainsi que l'affirme le commissaire du Gouvernement Bertrand, certaines notions ou catégories de notre droit public seraient remises en question, à commencer par celle du pouvoir discrétionnaire (95).

Mais les solutions jurisprudentielles du Conseil d'Etat ne permettent pas d'affirmer que le pouvoir de prendre de façon discrétionnaire des décisions individuelles en une matière déterminée implique celui d'édicter une réglementation applicable en cette matière.

Tout au contraire, si le Conseil d'Etat admet que le pouvoir de prendre des décisions individuelles « implique celui d'adopter et de publier des règles générales en vertu desquelles ces décisions seront prises », il ne l'admet qu'à « la double condition, d'abord que ces règles ne contredisent pas celles incluses dans les lois et décrets, ensuite qu'elles ne suppriment pas, toutes les fois qu'il est nécessaire, l'appréciation des circonstances propres à chaque cas individuel » (96).

Il faut d'abord remarquer que si la jurisprudence reconnaissant à une autorité administrative la possibilité de fixer des critères généraux qui la guideront dans l'exercice de son pouvoir de vouloir constituait la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire, le Conseil d'Etat aurait été conduit à admettre le caractère obligatoire de l'exercice de

(93) WIENER (C.), *op. cit.*, p. 131-141.

(94) *Eod. loc.*, p. 137.

(95) *Concl. s. l'arrêt Crédit foncier de France*, Lebon, 1970, p. 756.

(96) *Concl. TRICOT (B.) s. C.E., Ass.*, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, R.P.D.A., 1954, p. 53.

ce pouvoir réglementaire, puisque la justification de celui-ci résiderait dans la nécessité de protéger l'administré contre l'arbitraire de l'administration. M^{me} Questiaux, dans ses conclusions sur l'affaire distillerie Brabant et Cie, invitait d'ailleurs le Conseil d'Etat à revenir sur sa décision *Camidesus* du 1^{er} février 1963, dans laquelle le Conseil d'Etat décidait « qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires lui en faisant obligation, le ministre des Finances... n'était pas tenu de définir les critères sur lesquels il entendait se fonder pour accorder, éventuellement, le bénéfice de l'article 8 précité à ceux de ses agents qui en feraient la demande et que les suites favorables qui ont pu être données à certaines demandes ne peuvent créer des droits au profit des autres fonctionnaires » (97). Loin de revenir sur cette position, le Conseil d'Etat l'a réaffirmée dans un arrêt récent : « Considérant qu'en l'absence d'une réglementation applicable en la matière, le maire disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution des autorisations ; qu'aucun texte ou principe ne lui imposait de faire connaître à l'avance les critères en fonction desquels les autorisations seraient données et ne l'obligeait à suivre une procédure particulière pour l'instruction des demandes dont il était saisi » (98).

Mais surtout, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les orientations générales n'ont et ne peuvent avoir valeur réglementaire. Ainsi, dans l'arrêt *Société distillerie Brabant et Cie*, contrairement aux conclusions de M^{me} Questiaux, le Conseil d'Etat considère « que le ministre des finances et des affaires économiques ne tenait ni des dispositions législatives ou réglementaires sus-analysées, ni du pouvoir dont il dispose pour assurer le fonctionnement des services placés sous son autorité, compétence pour excludre de l'agrément, comme il l'a fait par sa circulaire du 21 mai 1964, toutes les opérations faites par des établissements situés dans le Bassin Parisien, tels que l'annexe 3 de cette même circulaire les définit ; que dès lors les décisions attaquées par lesquelles le chef des services fiscaux de la circonscription d'action régionale du centre a refusé à la Société distillerie Brabant et Cie l'agrément préalable prévu à l'article 2 du décret du 21 mai 1964 par le seul motif qu'il s'agissait d'une opération concernant un établissement situé dans le Bassin Parisien manquaient de bases légales » (99).

(98) C.E., Sect., 19 mars 1969, *Sieur Aponte et autres*, p. 162.

(97) C.E., 1^{er} février 1963, *Camidesus*, A.J.D.A., 1963, p. 429.

(99) C.E., 23 mai 1969, *Société distillerie Brabant et Cie*, p. 265, concl. Questiaux ; A.J.D.A., 1969, p. 640-644, note G. Tournié, p. 645-647.

Le Conseil d'Etat a rappelé dans l'arrêt *Crédit foncier de France* contre demoiselle Gaupillat et dame Ader la nécessité pour l'autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir de garder sa liberté de choix : « Considérant que, pour refuser l'allocation mentionnée à l'article 6 du règlement général du 27 avril 1946, la commission nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives par lesquelles elle entendait, sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont il s'agit, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions du Fonds ; que la demoiselle Gaupillat et la dame Ader n'invoquent aucune particularité de leur situation au regard des normes susmentionnées, ni aucune considération d'intérêt général de nature à justifier qu'il y fut dérogé et dont la commission nationale aurait omis l'examen » (100).

Enfin, le Conseil d'Etat a expressément affirmé dans l'arrêt *Société Géa* que des directives n'avaient aucun caractère réglementaire et ne modifiaient pas, par elles-mêmes, la situation juridique des intéressés (101).

Dans la mesure où les directives n'ont aucun caractère réglementaire, il est normal que l'autorité administrative qui se fonde sur elles examine les circonstances particulières de chaque affaire.

En effet, si le motif donné par l'administration peut désormais comporter des références à une directive ou à une « norme d'orientation », l'application de celle-ci doit être assez souple pour ne pas méconnaître le pouvoir d'appréciation de l'administration et pour laisser à l'intéressé une faculté de discussion : « Ce dernier peut, en effet, faire valoir une « particularité de sa situation au regard des normes » qui justifie un traitement différent de celui entraîné par leur application pure et simple ou encore une « considération de l'intérêt général » qui justifie une dérogation. L'administration est alors tenue d'examiner les arguments invoqués et d'y répondre. Si, au contraire, elle se réfugie derrière sa directive, elle commet une erreur de droit, car elle confère ainsi implicitement, et forcément, une valeur réglementaire à la norme d'orientation » (102).

Dans la mesure où elle constitue un obstacle à l'examen particulier des circonstances de l'affaire, la directive constitue également un obsta-

(100) C.E., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, p. 750.

(101) C.E., Sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, R.D.P., 1974, p. 553 et p. 547, note Waline.

(102) H.T.C. : « De l'arrêt *Société « Maison Génestal »* à l'arrêt « *Crédit foncier de France* », A.J.D.A., 1971, p. 199.

cle à la possibilité d'y déroger en fonction de circonstances particulières et c'est la raison pour laquelle l'acte sera dans cette hypothèse, annulé.

L'arrêt Dame Génin est, à cet égard, particulièrement significatif : « La commission s'est bornée à appliquer une règle générale qu'elle avait adoptée préalablement ; il n'appartient ni à la commission, ni à l'autorité administrative compétente pour se prononcer sur les mutations d'établir une règle générale de cette nature, laquelle faisait obstacle à l'examen individuel auquel il devait être procédé » (103).

Dans la jurisprudence actuelle, le fait que l'autorité administrative se soit livrée à un examen particulier des circonstances de l'affaire est considéré comme prouvant que l'autorité administrative, tout en se référant à des directives, a exercé sa liberté de choix. L'arrêt Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine le montre clairement : « Considérant... que la commission interministérielle des tarifs pouvait déterminer, d'une manière générale, les critères qu'elle retiendrait pour fixer le taux de l'abattement susmentionné à condition d'apprécier, pour chacun des cas examinés, dans quelle mesure il y a lieu ou non d'appliquer lesdits critères ; il résulte de l'instruction que la commission dont il s'agit s'est livrée, avant de prendre la décision susmentionnée du 9 mai 1962, à une appréciation particulière des conditions dans lesquelles les soins étaient dispensés dans les cabinets dentaires de l'Union requérante, à Rennes et à Fougère » (104).

L'obligation d'examiner les circonstances particulières de l'affaire est la preuve que le pouvoir de vouloir subsiste et doit subsister lorsqu'une autorité administrative se réfère à des directives et que ces dernières n'ont aucun caractère contraignant. Que telle soit la signification de l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire, on ne saurait en douter après l'arrêt Société Géo. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère que « si le gouvernement a tenu compte, pour l'examen des demandes d'autorisation spéciale d'importation, des orientations générales définies par une note du Conseil d'Etat, en date du 28 août 1962, les directives contenues dans cette note ne dispensaient pas les autorités compétentes de procéder à un examen particulier de chacune des demandes dont elles étaient saisies » et déduit de cette obligation que ces directives ne pouvaient modifier, par elles-mêmes, la situation juridique des intéressés (105). La liaison entre l'obligation

(103) C.E., 14 octobre 1955, Dame Génin, p. 480.

(104) C.E., Sect., 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine, p. 368.

(105) C.E., Sect., 29 juin 1973, Société Géo, R.D.P., 1974, p. 553.

pour l'autorité administrative de procéder à un examen des circonstances particulières de l'affaire et la nécessité de préserver le libre pouvoir de vouloir de cette même autorité est manifeste dans cette décision.

2°) Plus généralement, « le défaut par l'administration de l'examen effectif des circonstances de l'espèce constitue... pour le juge, sur le plan de la technique juridique administrative, une présomption que l'opportunité de l'acte n'a pas été envisagée et que l'administration ne s'est pas mise à même de l'apprécier » (106).

Une telle idée était déjà soutenue par M. Waline dans une note sous un arrêt du 16 novembre 1928 (107). Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait annulé une délibération d'un conseil général par laquelle celui-ci s'était prononcé par un seul vote sur quatre propositions tendant à la suppression de sectionnements électoraux existant dans quatre communes du département. Le Conseil d'Etat considéra que les décisions qu'avait à prendre le conseil général portaient sur des sujets devant nécessairement donner lieu à un vote distinct et que les membres du conseil qui avaient été appelés à se prononcer par un seul vote sur les quatre propositions qui leur étaient soumises n'avaient pu être à même d'exprimer une opinion fondée sur l'appréciation des circonstances particulières à chaque commune. Dans sa note, M. Waline soulignait qu'en employant les termes circonstances particulières à chaque commune, le Conseil d'Etat ne visait certainement pas les circonstances exigées par la loi (agglomérations distinctes, etc., etc...), mais les circonstances d'opportunité, les circonstances politiques au sens large du mot. Dans cette décision, le Conseil d'Etat reprochait simplement au conseil général « de s'être mis dans des conditions telles qu'il ne pouvait plus apprécier correctement les considérations d'opportunité, de bonne administration » (108).

Telle est la raison qui pousse à l'heure actuelle le Conseil d'Etat à annuler une décision qui aurait été prise par une autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir de vouloir sans avoir procédé à un examen particulier des circonstances de l'espèce. Les considérants de certains arrêts sont particulièrement probants.

Ainsi, dans l'arrêt *Sieur Aponte et autres*, le Conseil d'Etat considère « qu'en faisant intervenir, entre autres éléments d'appréciation,

(106) ISAAC (G.) : « La procédure administrative non contentieuse », Paris, L.G.D.J., 1968, p. 447.

(107) WALINE (M.), note s. C.E., 16 novembre 1928, Foucher, D., 1929, 3, p. 33.

(108) Eod. loc., p. 35.

pour départager les candidats, l'importance de leur service militaire et de leur résistance, le maire ne saurait être regardé comme ayant excédé ses pouvoirs dès lors qu'il n'est pas établi qu'il n'ait pas été procédé, en l'espèce, à un examen particulier des mérites de chaque candidat » (109).

Ainsi encore dans un arrêt *Ministre de l'économie et des finances contre sieur Dubois et autres*, le Conseil d'Etat considère « que, pour assurer le respect des dispositions réglementaires précitées desquelles il résulte que, quelle que soit leur origine, les inspecteurs principaux comportant au moins trois ans d'ancienneté dans le cinquième échelon de leur grade ont une égale vocation à une nomination au choix au grade de directeur départemental adjoint, le juge de l'excès de pouvoir doit vérifier que les titres et mérites de tous les intéressés ont fait l'objet d'un examen individuel et ont été effectivement comparés lors de l'élaboration du tableau d'avancement ; qu'en revanche, il ne lui appartient pas de contrôler l'appréciation faite par l'administration quant au choix des agents qui sont inscrits ou qui ne sont pas inscrits audit tableau, dès lors que cette appréciation n'est pas fondée sur des faits matériellement inexacts et n'est pas entachée d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste » (110).

Enfin, le Conseil d'Etat a annulé, dans un arrêt *Union mutualiste de Meurthe-et-Moselle*, la décision d'une commission nationale tripartite considérant qu'il ressortait des pièces du dossier que cette commission « saisie d'une demande d'homologation d'un avenant à une convention conclue entre la Caisse régionale de sécurité sociale de Nancy et l'Union mutualiste de Meurthe-et-Moselle pour une modification de tarifs concernant le dispensaire de soins dentaires de Longwy et de Nancy, a rejeté la demande sans examiner si elle était justifiée par les améliorations de fonctionnement et d'installation des dispensaires en cause, dont les intéressés ont fait état ; que, par suite, la décision qu'elle a prise sans procéder à un examen complet du cas particulier qui lui était soumis manquait de base légale » (111).

L'examen de la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat montre que si la haute juridiction a paru durant une certaine période tirer des conséquences très rigoureuses de l'obligation pour l'autorité administrative dotée d'un pouvoir de vouloir d'examiner les circonstances particulières de l'affaire, si le Conseil d'Etat a paru à travers cette obligation limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, il n'en est plus ainsi à l'heure actuelle.

(109) C.E., Sect., *Sieur Aponte et autres*, p. 162.

(110) C.E., 12 février 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ sieur Dubois et autres*, p. 129.

(111) C.E., 11 juin 1971, *Union mutualiste de Meurthe-et-Moselle*, p. 439.

Tout au contraire, l'obligation imposée à l'autorité administrative d'examiner les circonstances de l'affaire vise, lorsqu'elle s'applique à un acte exercice d'un pouvoir de vouloir, à assurer que ce pouvoir s'exerce librement et en toute connaissance de cause.

L'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire apparaît dès lors comme une règle de procédure destinée à protéger l'autonomie de la volonté de l'administration. Cette règle est destinée à protéger aussi bien les administrés que l'administration elle-même. Loin de limiter la liberté dont les actes exercice d'un pouvoir de vouloir sont l'expression, l'obligation faite à l'autorité administrative d'examiner les circonstances particulières de l'affaire vise au contraire à assurer le respect de cette liberté.

L'existence de cette obligation prouve que la volonté de l'auteur de l'acte joue, lorsque l'on est en présence d'un acte exercice d'un pouvoir de vouloir, un rôle déterminant et que le juge prend en considération, quant à la validité de ces actes, le libre jeu de la volonté de leur auteur. Elle justifie l'intérêt sur le plan contentieux de la classification des actes administratifs en deux catégories. En effet, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée se situant à l'intérieur des actes administratifs masque le rôle fondamental que joue la volonté de l'autorité compétente dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir, par opposition au rôle formel qu'elle joue dans les actes exécution d'une obligation de vouloir. La mise en évidence du rôle de la volonté dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir permet de mieux comprendre que le juge administratif, en obligeant l'administration à examiner les circonstances de l'affaire, protège sa liberté et son pouvoir.

SECTION II

L'ERREUR MANIFESTE D'APPRECIATION

Qualifiée de « découverte contentieuse la plus notable de ces dix dernières années » (112), saluée comme « l'entrée inespérée de l'évidence dans le droit administratif » (113), l'erreur manifeste d'appréciation constitue une technique nouvelle appliquée par le juge administratif au contrôle des motifs.

(112) VINCENT (J. Y.) : « L'erreur manifeste d'appréciation », R.A., 1970, p. 407.

(113) KORNPROBST (B.) : « L'erreur manifeste », D., 1965, p. 123.

Appliquée à des hypothèses de plus en plus nombreuses, la notion d'erreur manifeste est « inséparable de la recherche de la fonction que le juge lui a assignée au sein du régime contentieux des motifs » (114).

Or, la notion d'erreur manifeste est ambiguë dans son principe comme dans son application (115).

§ I. — *La conception généralement admise de l'erreur manifeste d'appréciation.*

Selon une interprétation couramment admise, l'erreur manifeste constituerait un pas de plus franchi par le Conseil d'Etat à l'égard des limites entre lesquelles il entend enfermer le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives : « L'existence en faveur de l'administration, d'une « liberté opérationnelle d'agissement » fait obstacle à un examen plus approfondi des motifs de l'acte, notamment celui qui relève d'un jugement en opportunité. C'est pour le franchir que le Conseil d'Etat a décidé d'introduire l'erreur manifeste d'appréciation. Elle a pour but d'implanter la censure juridictionnelle sur une zone qui échappait jusque-là à son emprise » (116).

Ainsi la fonction effective du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation serait de renforcer le contrôle du pouvoir discrétionnaire : « Depuis le XIX^{me} siècle, la juridiction administrative n'a cessé de lutter contre les débordements du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration, s'évertuant non pas à l'annihiler complètement mais à éviter que s'établisse une confusion entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire. A l'égard des « actes à pouvoir discrétionnaire », qui avaient supplanté les « actes discrétionnaires », la somme des efforts produits se résumait, en 1960, à l'examen minimal des motifs décrits par M. Letourneur. Soit par manque d'efficacité réelle, soit par inadaptation aux récentes missions imparties à l'Etat, ce contrôle est apparu insuffisant. Ces lacunes favorisaient des anomalies auxquelles l'erreur manifeste vient de mettre un terme » (117).

(114) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 343.

Cf. également KORNPÖBST (B.) : la question la plus intéressante consiste « à déterminer le rôle assigné par le Conseil d'Etat à ce rouage nouveau qu'il vient d'insérer dans le mécanisme juridictionnel », in « L'erreur manifeste », art. précité, p. 123.

(115) LABETOULLE et CABANES, chronique de jurisprudence administrative française, A.J.D.A., 1971, p. 34.

(116) VINCENT (J. Y.), art. précité, p. 409.

(117) Eod. loc., p. 409.

Une telle opinion paraît être partagée par certains commissaires du gouvernement. S'attachant à définir le sens du recours à cette notion dans ses conclusions sous l'affaire Lambert, M. Braibant s'exprimait ainsi : « En introduisant dans votre système de contrôle cette notion nouvelle, vous avez voulu éviter les abus auxquels peut donner lieu l'exercice du pouvoir discrétionnaire. L'erreur manifeste peut se comparer à cet égard à la notion de détournement de pouvoir que vous avez imaginé un siècle auparavant. La censure du détournement de pouvoir a pour objet de soumettre l'administration à un minimum de moralité et de lui interdire d'utiliser ses pouvoirs pour des fins étrangères à l'intérêt général. De même, la censure de l'erreur manifeste a pour objet d'imposer aux autorités administratives le respect d'un minimum de logique et de bon sens. Même lorsqu'elles ont le pouvoir de faire ce qu'elles veulent, elles ne doivent pas être autorisées à faire n'importe quoi. Il arrive que des tribunaux britanniques annulent des actes discrétionnaires de l'administration, lorsqu'ils les estiment déraisonnables ; c'est un contrôle du même ordre que vous exercez en annulant les décisions entachées d'une erreur manifeste d'appréciation » (118).

Une telle interprétation de la fonction de l'erreur manifeste d'appréciation conduit à admettre qu'en exerçant un tel contrôle le juge administratif se place sur le plan de l'opportunité de l'acte : « Lorsqu'une autorité administrative dispose de la faculté souveraine d'apprécier les faits, elle agit en opportunité. En conséquence, si, sur le plan contentieux, l'erreur manifeste fait basculer l'appréciation dans la régularité de l'acte, fondamentalement, elle est une technique qui permet d'examiner l'opportunité de l'acte... En contrôlant l'erreur manifeste, le juge se place sur le terrain de l'opportunité ». Et M. Pacteau précise : « Avec l'erreur manifeste, c'est de l'intérieur même que le juge restreint la portée de la « libre » appréciation autorisée par le pouvoir discrétionnaire » (119).

Tel est également l'avis de M. de Laubadère pour qui le juge se livre, lorsqu'il contrôle l'erreur manifeste d'appréciation, « à une appréciation — celle du choix de la mesure prise en fonction des motifs de fait qui l'ont inspirée — qui caractérise le pouvoir lié et est normalement étrangère au pouvoir discrétionnaire » et « se recon-

(118) Concl. BRAIBANT s. C.E., Sect., 13 novembre 1970, Sieur Lambert, extrait figurant à la chronique de MM. LABETOUILLE et CABANES, A.J.D.A., 1971, p. 34.

(119) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 342.

naît là le droit de substituer son appréciation à celle de l'administrateur » (120).

L'extension du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à toutes les hypothèses où l'autorité administrative est investie d'un pouvoir discrétionnaire, extension définitivement réalisée par le Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Ministre des armées et sieur Anger* (121) exprimerait la volonté du juge administratif de limiter au maximum le pouvoir de vouloir des autorités administratives.

Mais si « l'erreur manifeste se situe... au niveau des motifs de fait laissés à l'appréciation souveraine de l'administration » (122), si « les arrêts montrent... que la notion d'erreur manifeste porte sur la qualification des faits » (123), s'il s'agit de « donner au juge de l'excès de pouvoir un certain contrôle d'appréciation des faits dans des cas où, en principe, il n'en possède pas », il faut bien admettre que « le sens général du recours à la notion d'erreur manifeste n'est clair qu'en apparence » (124).

§ II. — *Les paradoxes qu'entraîne la conception généralement admise de l'erreur manifeste d'appréciation.*

L'explication selon laquelle l'erreur manifeste d'appréciation « constitue une sorte de révolution au Palais Royal », dans la mesure où « elle remet en cause — partiellement — des habitudes séculaires au nom desquelles l'opportunité ressortissait à la seule compétence des autorités administratives » (125), paraît paradoxale à trois points de vue.

1°) Il est tout d'abord paradoxal de « conférer au juge un contrôle d'appréciation des faits dans des cas qui se définissent précisément par l'absence d'un tel contrôle » (126).

Le paradoxe est d'autant plus visible qu'il ressort de la rédaction même des arrêts du Conseil d'Etat. Commentant la jurisprudence

(120) LAUBADERE (A. de) : « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, t. II, p. 544.

(121) C.E., 20 novembre 1968, *Ministre des armées et sieur Anger*, p. 581.

(122) VINCENT (J. Y.), art. précité, p. 409.

(123) KORNPROBST (B.) : « L'erreur manifeste », art. précité, p. 123.

(124) LABETOULLE et CABANES, *chronique précitée*, p. 34.

(125) VINCENT (J. Y.), art. précité, p. 413.

(126) LABETOULLE et CABANES, *chronique précitée*, p. 35.

relative à l'erreur manifeste et à l'absence de liberté qu'elle entraîne dans l'appréciation administrative, M. Pacteau remarque « qu'il y a là assurément un paradoxe que d'ailleurs les arrêts du Conseil d'Etat semblent même se complaire à mettre en évidence, admettant d'un côté, que telle appréciation qui est déférée au juge « n'est pas susceptible d'être discutée » devant lui et d'un autre côté, qu'il lui appartient néanmoins d'examiner si cette appréciation ne serait pas manifestement erronée » (127).

Peut-être le paradoxe n'est-il qu'apparent, comme pour tout correctif dérogeant aux principes qu'il nuance, « il correspond cependant à une part de réalité, qui explique sans doute la réticence prudente et presque gênée, avec laquelle le juge administratif a recours à cette notion » (128).

2°) Le deuxième paradoxe est relatif au domaine d'application de l'erreur manifeste d'appréciation.

Si la fonction effective de l'erreur manifeste est de renforcer le contrôle du pouvoir discrétionnaire, ce contrôle devrait intervenir chaque fois que se trouve en jeu une liberté d'appréciation, un pouvoir de vouloir, au profit d'une autorité administrative.

En effet, « même lorsque le juge exerce son contrôle de la qualification juridique des faits, il n'assume pas entièrement le pouvoir discrétionnaire. Il est aisé de le montrer à partir de l'exemple le plus simple et le plus classique, celui de la répression disciplinaire dans la fonction publique. La juridiction administrative recherche d'une part, si les faits reprochés à l'agent public existent réellement, d'autre part, s'ils peuvent être qualifiés de fautes. Elle s'interdit, par contre, de critiquer la proportionnalité de la sanction à la faute. Elle laisse au supérieur hiérarchique toute faculté pour mesurer la gravité du manquement » (129).

Or, pour l'instant, le Conseil d'Etat refuse de vérifier si la proportionnalité de la sanction à la faute n'a pas été l'objet d'une

(127) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 344.

(128) LABETOULLE et CABANES, chronique précitée, p. 34.

Cf. également ODENT, cours 1970-1971, p. 1572 : « Le juge s'il admettait trop facilement qu'une erreur est à ce point grossière qu'elle l'autorise à contrôler une appréciation de fait dans une matière où il n'exerce qu'un contrôle minimum, en arriverait, paradoxalement, à contrôler l'opportunité d'une décision dont il refuserait de contrôler la qualification juridique ».

(129) VINCENT (J. Y.), art. précité, p. 417.

appréciation manifestement erronée (130) et ce, malgré les nombreuses invites qui lui ont été adressées (131).

Il paraît ainsi « y avoir une certaine contradiction dans l'état actuel de la jurisprudence, en ce que le jeu de l'erreur manifeste ne soit pas étendu à tous les cas où l'administration procède à une appréciation » (132).

3°) Le troisième paradoxe réside dans l'évolution qu'a connue dans certaines hypothèses la jurisprudence du Conseil d'Etat et la justification qui est généralement fournie du caractère manifeste, évident, que doit présenter l'erreur.

Pour certains auteurs l'évidence constitue la clé de voûte d'un compromis qui permet de « sauvegarder le principe du pouvoir discrétionnaire en l'épurant de ses manifestations les plus choquantes » (133).

Ainsi, M. Pacteau remarque « qu'aux yeux du juge qui a « inventé » cette nouvelle technique de contrôle des motifs, l'erreur manifeste n'est pas... la négation du pouvoir discrétionnaire : elle en est seulement un nouveau contrepoids, une nouvelle « compensation » pour employer la terminologie de M. de Laubadère » (134).

Cette conception est généralement accueillie par les commissaires du gouvernement : « La place que la notion d'erreur manifeste occupe dans la théorie de l'excès de pouvoir, résulte... de ce qu'elle n'est utilisable que dans une sorte de procédure du « flagrant délit administratif ». Comme l'ont souligné les commentateurs, l'erreur manifeste ne peut prospérer sans le sentiment même de l'évidence. Un simple manquement à quelque perfection, ne saurait suffire. La constatation de ce type d'erreur — sous peine de déboucher sur un contrôle à peine déguisé de l'opportunité — doit, par essence, s'imposer aux yeux de tous avec la force et avec la clarté de l'indiscutable. L'évidence ne se prouve pas, elle se constate. L'illégalité doit ainsi, si l'on ose dire, être prise sur le fait » (135).

(130) C.E., 22 novembre 1967, Administration générale de l'assistance publique, Droit ouvrier, 1968, concl. Kahn.

(131) Cf. KAHN, concl. précitées ; LABETOULLE et CABANES, chronique précitée, p. 36-37 ; VINCENT, art. précité, p. 417 ; MOURGEON (R.) : « La répression administrative », Paris, L.G.D.J., 1967, p. 313.

(132) LABETOULLE et CABANES, chronique précitée, p. 36.

(133) VINCENT (J. Y.), art. précité, p. 419.

(134) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 343.

(135) BAUDOIN, concl. s. C.E., 6 novembre 1970, Sieur Guyé, R.D.P., 1971, p. 524.

Or, si dans certains domaines, le Conseil d'Etat est exigeant sur le caractère manifeste que doit présenter une erreur, si l'on doit admettre que dans la majorité des hypothèses le contrôle de l'erreur manifeste demeure compatible avec le maintien d'un libre pouvoir d'appréciation, il faut bien remarquer que dans d'autres domaines, l'attitude du Conseil d'Etat est radicalement différente.

Ainsi en admettant qu'il y a erreur manifeste si l'on remembre les terres d'un agriculteur de telle façon que la valeur en points des parcelles qu'il reçoit représente moins de 99 % de celles qu'il a données, le Conseil d'Etat rapproche sans nul doute le contrôle de l'erreur manifeste de celui de la qualification juridique des faits (136).

On ne doit pas dès lors s'étonner que dans divers domaines le Conseil d'Etat soit passé du contrôle de l'erreur manifeste à celui de la qualification juridique des faits : « On peut ainsi citer plusieurs cas où le juge a cru nécessaire de passer du stade du simple contrôle de l'erreur manifeste à celui du contrôle proprement dit de l'appréciation administrative : en 1967, il a par exemple décidé d'instaurer un contrôle plénier sur la manière dont les commissions de remembrement rural ont classé les terres par nature de culture » (137).

La différence d'attitude du Conseil d'Etat dans ces différents domaines, laisse supposer que l'erreur manifeste n'exerce pas toujours la même fonction.

§ III.— *Le dualisme de fonction de l'erreur manifeste d'appréciation.*

La cohérence de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation apparaît si l'on considère que les hypothèses dans lesquelles ce contrôle intervient sont profondément différentes et correspondent à deux catégories de pouvoir discrétionnaire que les problèmes soulevés par la notion d'erreur manifeste d'appréciation amènent à préciser.

1°) On peut distinguer, en effet, deux catégories de pouvoir discrétionnaire : « La première catégorie comprend les appréciations de caractère technique, que le juge de l'excès de pouvoir se refuse à

(136) C.E., 2 mars 1960, Gesbert, p. 162 ; C.E., 30 mars 1960, Charlon, tables, p. 901 ; C.E., 15 juillet 1964, Dame veuve Denis, p. 404.

(137) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 363.

contrôler parce qu'il estime qu'il n'a pas la compétence requise... Dans une deuxième catégorie de cas, la loi a attribué un pouvoir discrétionnaire à l'administration, ou la jurisprudence le lui a reconnu, afin de ne pas insérer son action dans un cadre trop rigoureux et de lui laisser une marge de choix dans l'exercice de ses pouvoirs » (138).

A ces deux catégories de pouvoir discrétionnaire, correspondent deux justifications de ce pouvoir : l'argument de l'opportunité et l'argument de la technicité (139).

Le pouvoir discrétionnaire résultant pour une autorité administrative du refus du juge d'exercer une appréciation technique présente un caractère anormal, résiduel, et peut être défini comme résultant d'une norme de droit privée de sanction.

La deuxième catégorie de pouvoir discrétionnaire constitue au contraire le véritable pouvoir discrétionnaire, un pouvoir de vouloir octroyé par la norme juridique à l'autorité administrative compétente qui correspond à l'autonomie de la volonté de l'administration (140).

Présentant un caractère anormal et résiduel, la première catégorie de pouvoir discrétionnaire n'offre aucune résistance juridique au contrôle du juge. Elle a vocation à disparaître.

Au contraire, le pouvoir de vouloir octroyé par la norme juridique à une autorité administrative justifié par la nécessité d'assurer l'autonomie de la volonté de l'administration, doit être respecté par le juge administratif. Appliquée successivement à ces deux catégories de pouvoir discrétionnaire, la technique de l'erreur manifeste d'appréciation joue pour chacune d'entre elles des rôles différents.

2°) L'application du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'est d'abord exercée dans un domaine où seule une incompétence

(138) BRAIBANT, concl. s. C.E., 13 novembre 1970, Sieur Lambert, cité par MM. LABETOULLE et CABANES, in chronique précitée, p. 35.

(139) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 296-301.

(140) Une précision s'avère ici indispensable. Quand nous disons que le pouvoir de vouloir est octroyé par une norme juridique nous n'entendons pas négliger le rôle du juge qui interprète cette norme. Ainsi le juge interprète traditionnellement les textes concernant certains pouvoirs de police — par exemple ceux qui concernent les étrangers ou les publications étrangères — comme n'ayant pas soumis l'exercice du pouvoir de l'autorité compétente à l'existence de certaines conditions ou de certains motifs légaux. Or le juge peut modifier son interprétation de la législation et considérer que ces pouvoirs peuvent s'exercer uniquement s'il existe une menace à l'ordre public, ce qui le conduit à exercer un contrôle sur la réalisation de cette condition. On verra que l'erreur manifeste d'appréciation permet de sanctionner, dans un premier temps, cette limite que le juge n'avait pas aperçu — ou n'avait pas jugé bon de s'apercevoir — auparavant.

ce technique du juge justifiait qu'une libre appréciation soit laissée à l'autorité administrative compétente.

D'abord limité au contentieux de la fonction publique et du remembrement rural, « de 1963 à 1968, le contrôle de l'erreur manifeste fut... introduit dans l'ensemble des appréciations spécialisées qui avaient jusqu'ici été « concédées » au pouvoir discrétionnaire » (141).

Analysant cette jurisprudence M. Kornprobst remarquait que ce domaine était le seul où l'erreur manifeste d'appréciation ait vocation à s'exercer : « Rien ne paraît actuellement indiquer que l'erreur manifeste doive être un jour étendue à toutes les hypothèses de « contrôle minimum » et notamment aux actes de haute police. Le domaine de cette jurisprudence nous semble être celui de décisions prises en fonction de considérations techniques » (142).

Cette limitation du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au domaine de décisions prises en fonction de considérations techniques était justifiée par la fonction que M. Kornprobst attribuait à ce contrôle : « Soucieux de modeler son contrôle sur les réalités concrètes, le juge administratif a créé l'erreur manifeste pour vérifier que les considérations techniques n'étaient pas, pour l'administration, un moyen d'échapper à la règle juridique » (143).

Telle est bien la fonction qu'a jouée et que joue encore l'erreur manifeste d'appréciation dans le contrôle de ces décisions. Celles-ci sont bien l'expression d'un certain pouvoir de vouloir des autorités administratives, mais ce pouvoir est limité soit par des conditions qui sont nécessaires pour qu'il puisse s'exercer, soit par la définition de motifs qui peuvent seuls être pris en considération par l'auteur de l'acte. L'erreur manifeste d'appréciation se présente dès lors comme une technique qui permet au juge de vérifier l'existence de cette condition légale ou de ces motifs légaux.

Elle se présente comme une étape qui doit conduire le juge administratif à contrôler purement et simplement l'existence de cette condition ou de ces motifs.

L'erreur manifeste d'appréciation n'a pas pour conséquence, lorsqu'elle s'applique à ces hypothèses, de substituer au libre pouvoir de vouloir de l'autorité administrative le vouloir du juge, mais de sanctionner les limites établies par la norme juridique à ce pouvoir.

(141) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 350.

(142) KORNPROBST (B.), art. précité, p. 123.

(143) Eod. loc.

L'emploi du terme erreur ne doit pas abuser. Il ne s'agit pas dans ces hypothèses de vérifier si la volonté de l'auteur de l'acte n'a pas été viciée, mais de contrôler si elle s'est déterminée pour des motifs légaux ou si des conditions relatives à la possibilité d'exercer un pouvoir ont été réalisées. Ce qui est manifeste ce n'est pas l'erreur, c'est l'absence ou l'existence de la réalisation de ces conditions ou de ces motifs.

Il est révélateur que dans de nombreux arrêts le Conseil d'Etat sanctionne l'appréciation manifestement erronée d'une condition légale ou d'un motif légal sans employer le terme d'erreur.

Il en va notamment ainsi d'un arrêt Sieur Lagrange du 15 février 1961. Aux termes de l'article 84 de la loi du 28 avril 1952. « les agents titulaires dont les emplois auront été supprimés et qui ne pourront être affectés à des emplois équivalents, recevront une indemnité en capital égale à un mois de traitement par année de service, à moins de remplir au moment du licenciement, les conditions exigées pour avoir droit à une retraite proportionnelle avec jouissance immédiate ». Le Conseil d'Etat considéra « qu'à défaut de dispositions législatives ou réglementaires définissant les équivalences d'emplois communaux pour l'application de l'article 84... il appartient au maire de la commune d'apprécier si, parmi les emplois vacants, il existe des emplois équivalents à ceux dont la suppression a été décidée par le conseil municipal et auxquels peuvent être affectés les titulaires des emplois supprimés ; que cette appréciation, sauf dans le cas d'absence manifeste d'équivalence, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge administratif » (144).

De même dans l'arrêt Commune de Montfermeil contre sieur Foittier, le Conseil d'Etat considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 83 et 84 de la loi du 28 avril 1952, qu'un maire ne peut prononcer légalement le licenciement pour suppression d'emploi d'un agent titulaire de la commune lorsqu'il existe dans les services communaux un emploi vacant équivalent pour lequel l'intéressé a les conditions d'aptitudes requises, constata « qu'à la date du 29 janvier 1957 à laquelle a été pris l'arrêté du maire de Montfermeil licenciant le sieur Foittier de ses fonctions d'aide-ouvrier professionnel, un emploi d'ouvrier d'entretien se trouvait vacant dans les services de la commune, lequel emploi était manifestement équivalent à l'emploi supprimé du sieur Foittier » (145).

(144) C.E., Sect., 15 février 1961, Sieur Lagrange, p. 112 ; A.J.D.A., 1961, p. 200, note Galabert et Gentot.

(145) C.E., 9 mai 1962, Commune de Montfermeil c/ sieur Foittier, p. 305.

De même encore, c'est sans employer le terme d'erreur que le Conseil d'Etat considéra que « s'il résulte des dispositions précitées de l'article 3 du décret du 6 décembre 1956 que la décision de concordance ne peut rattacher des corps ou catégories d'emplois marocains qu'à des corps ou catégories d'emplois français de même nature, l'appréciation à laquelle se livrent les ministres intéressés sur ce point n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, sauf si les corps ou catégories considérées ne sont manifestement pas de même nature » (146) ; ou encore « qu'il résulte des dispositions de l'ordonnance numéro 62 - 657 du 9 juin 1962, relatives aux agents titulaires départementaux et communaux d'Algérie rapatriés en métropole, et notamment de son article 12, que les postes offerts aux agents rapatriés devaient être de niveau hiérarchique équivalent à celui occupé en Algérie, qu'à défaut de dispositions législatives ou réglementaires définissant les équivalences d'emploi pour l'application desdites ordonnances, il appartenait à l'administration de se livrer à cet égard à une appréciation qui, sauf dans le cas d'absence manifeste d'équivalence, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge administratif » (147).

La jurisprudence relative au remembrement rural est particulièrement significative de l'utilisation de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation pour vérifier le respect des limites établies par la règle de droit au pouvoir de vouloir des autorités administratives.

Ainsi, par exemple, l'article 21 du code rural impose aux commissions de remembrement l'obligation d'attribuer des lots équivalents en valeur de productivité réelle aux apports de chaque propriétaire dans chacune des natures de culture retenues comme base des opérations de remembrement. Selon une jurisprudence qui semblait bien établie, l'appréciation de l'équivalence en valeur de productivité réelle était laissée au pouvoir souverain des commissions de remembrement.

Dans un arrêt du 2 mars 1960, Secrétaire d'Etat à l'agriculture contre sieur Gesbert, le Conseil d'Etat considéra qu'il appartenait au juge de l'excès de pouvoir de vérifier si la règle établie par l'article 19 de la loi du 9 mars 1941 (article 21 du code rural) avait été ou non respectée et annula une décision de la commission départementale de réorganisation foncière et de remembrement considérant « qu'en

(146) C.E., 10 mai 1963, Association des fonctionnaires chérifiens du cadre supérieur de l'administration centrale au Maroc et sieur Bartoli, p. 294.

(147) C.E., 25 octobre 1968, Sieur Bertrand et autres, p. 516.

l'espèce il est constant que le sieur Gesbert a fait des apports de terrains en pâture d'herbage qui avaient en productivité réelle une valeur égale à 45.708 points alors que les attributions qu'il a reçues dans la même nature de culture étaient estimées à 42.108 points seulement ; contrairement à ce que soutient le ministre de l'agriculture, l'écart ainsi constaté présente une importance telle que la règle d'équivalence posée par l'article 19 sus-rappelé ne peut être regardée comme respectée » (148).

Dans certains arrêts, le Conseil d'Etat emploie la technique de l'erreur manifeste d'appréciation pour vérifier le respect par les commissions de remembrement de l'obligation qui s'impose à elle d'attribuer des lots équivalents en valeur de productivité réelle aux apports de chaque propriétaire et affirme alors que « la commission départementale de remembrement s'est livrée à une appréciation qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir, dès lors qu'il n'est pas établi que cette appréciation soit basée sur un fait matériel inexact ni qu'elle soit entachée d'erreur manifeste, d'erreur de droit, ou de détournement de pouvoir » (149).

Mais le terme d'erreur ne doit pas faire illusion. Ce qui doit être manifeste c'est la distorsion entre la situation de fait et les conditions objectives ou les motifs fixés par la loi. C'est cette distorsion qui doit être « tellement grave, grossière, apparente, qu'elle peut être perçue même par un profane » (150).

C'est parce qu'une telle distorsion existait que le Conseil d'Etat a annulé, dans un arrêt récent, une décision d'une commission départementale de remembrement. La rédaction de l'arrêt est significative : « que la circonstance que le requérant a reçu dans les classes 1 à 4, d'une valeur structurale à l'hectare de 40.000, 37.000, 36.000, 32.000, points, une superficie supérieure de 98 ares 70 à ses apports, principalement d'ailleurs en 4^e classe, n'a pas eu pour effet de faire disparaître le grave déséquilibre dans les conditions d'exploitation que révèle, sans le compenser, une augmentation de la superficie de la propriété supérieure à 13 % provoquée par l'attribution de terres de qualité inférieure » (151). La recherche du Conseil d'Etat est toute entière orientée dans cet arrêt sur le point de savoir si la

(148) C.E., 2 mars 1960, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c/ sieur Gesbert, p. 162-163.

(149) C.E., 15 juillet 1964, Dame veuve Denis, p. 405 ; C.E., 9 novembre 1966, Ministre de l'agriculture c/ Peyron.

(150) Concl. BRAIBANT s. C.E., Sect., 13 novembre 1970, Sieur Lambert, cité par MM. Labetoulle et Cabanes, chronique précitée, A.J.D.A., 1971, p. 35.

(151) C.E., Sect., 6 novembre 1970, Sieur Guyé, p. 652.

décision est compatible avec la condition posée par la règle de droit et non sur celui de savoir si le libre jeu de la volonté de l'auteur de l'acte a été ou non faussé. La décision se révèle être en l'espèce illégale.

Mais si ce sont seulement des obstacles techniques qui conduisent le Conseil d'Etat à exiger le caractère manifeste de l'absence d'existence de la condition légale ou de motifs légaux, rien ne l'empêche juridiquement d'exercer sur l'existence de cette condition ou de ces motifs un contrôle « normal ».

Aussi, n'est-il pas étonnant que dans ce domaine des appréciations techniques, le Conseil d'Etat soit passé du contrôle de l'erreur manifeste au contrôle de la qualification juridique des faits. Dans de nombreux domaines, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'a constitué qu'une étape.

Ainsi, le Conseil d'Etat vérifie, sans aucune restriction, si un nouveau lotissement a rapproché des bâtiments d'exploitation les terres qui constituent l'exploitation rurale conformément à ce qu'exige l'article 19 du code rural (152) ; si le classement des sols et des parcelles réalisé par des commissions de remembrement a été fait par nature de cultures conformément à l'article 21 du code rural (153) ; si les besoins de la population exigeaient la création d'une nouvelle officine (154).

Dans tous ces cas, l'erreur manifeste a constitué une étape dans la disparition d'une source de pouvoir discrétionnaire qui ne résultait pas de la volonté du législateur, mais de simples considérations techniques. Elle constitue alors un degré intermédiaire entre le contrôle minimum et le contrôle intégral de la condition de fond et ne s'inscrit pas véritablement dans le cadre du contrôle minimum (155).

(152) C.E., Sect., 11 juillet 1969, *Sieur Lévrier*, A.J.D.A., 1969, p. 633, concl. Baudouin.

(153) C.E., Sect., 6 juin 1967, *Ministre de l'agriculture c/ demoiselle Dunand*, p. 2 ; C.E., Sect., 24 novembre 1967, *Sieur Cauchard*, p. 442.

(154) C.E., 24 novembre 1970, *Dame Comiti-Bouillin*, p. 720.

(155) Il faut remarquer que l'erreur manifeste d'appréciation joue une fonction identique dans certaines hypothèses où l'argument de l'opportunité paraissait justifier l'octroi d'un libre pouvoir d'appréciation aux autorités administratives. Ainsi le Conseil d'Etat a récemment introduit le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le domaine de la police des publications étrangères.

3°) Mais l'erreur manifeste d'appréciation n'est pas cantonnée à un domaine pour lequel seule une **incompétence technique** du juge justifie qu'il soit laissé à l'autorité administrative une liberté d'appréciation.

Elle est entrée incontestablement depuis l'arrêt Anger (156), dans le cadre du contrôle minimum exercé par le juge administratif dans toutes les hypothèses de pouvoir discrétionnaire accordé aux autorités administratives.

Le problème est alors de savoir si le contrôle par le Conseil d'Etat de l'erreur manifeste d'appréciation aboutit, lorsqu'il s'applique à un libre pouvoir de vouloir d'une autorité administrative, à supprimer la possibilité pour cette autorité de prendre une décision que la norme organisatrice de son pouvoir lui permet sans aucun doute de prendre.

Un simple exemple relatif aux décisions d'octroi ou de refus de permis de construire permet de préciser la manière dont se pose le problème.

Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 31 décembre 1958, « le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leurs situations, leurs dimensions, ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier... sont de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique, au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains, ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales ou si ces constructions impliquent la réalisation par la commune d'équipements nouveaux non prévus ».

A maintes reprises, le Conseil d'Etat a jugé que ce texte n'oblige nullement l'autorité compétente à refuser le permis si la construction projetée porte atteinte au caractère des lieux avoisinants

res — C.E., Ass., 2 novembre 1973, Société « Librairie François Maspéro », J.C.P., 1974, II, n° 17.642, concl. Braibant, note Drago — pour sanctionner des limites entre lesquelles se trouve enfermés les pouvoirs de l'autorité de police administrative. Dans cette hypothèse on peut affirmer, avec M. Drago, que l'erreur manifeste d'appréciation constitue un procédé souple permettant de passer du contrôle minimum au contrôle de la qualification juridique des faits. L'erreur manifeste se situe alors au-delà du contrôle minimum, contrairement aux hypothèses envisagées dans la suite des développements, puisqu'elle vise à sanctionner une limite établie par la norme juridique au pouvoir de l'autorité administrative.

(156) C.E., 20 novembre 1968, Anger, p. 581.

ou à la conservation du site. L'atteinte au caractère des lieux avoisinants n'est donc pas un fait générateur qui obligerait, lorsque les constructions projetées y porteraient atteinte dans les conditions prévues à l'article 1^{er} du décret du 31 décembre 1958, à rejeter la demande de permis de construire (157).

Par contre, l'atteinte que les constructions porteraient à la salubrité ou à la sécurité publique, au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales, ou le fait que ces constructions impliquent la réalisation par la commune d'équipements nouveaux non prévus, constituent autant de catégories de motifs qui peuvent seuls justifier, dans le cadre de ce texte, le refus du permis (158). Aussi, le Conseil d'Etat vérifie-t-il dans cette hypothèse si les faits invoqués par l'auteur de l'acte sont de nature à justifier légalement la décision de refus.

Or le Conseil d'Etat a admis dans un arrêt du 29 mars 1968 que « si, lorsqu'il accorde le permis de construire demandé, le préfet exerce en opportunité le pouvoir que lui reconnaît la disposition réglementaire précitée, la décision qu'il prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation, ou être entaché de détournement de pouvoir » et a annulé l'octroi par le préfet d'un permis de construire considérant qu'il résultait de l'instruction « qu'en accordant à la société anonyme du lotissement de la plage de Pampelonne, le permis qu'elle avait sollicité, le préfet du Var a commis une erreur manifeste dans l'appréciation du caractère des lieux avoisinants » (159).

Si l'on admet que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est, dans cette hypothèse, un moyen de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration, on est conduit à penser que le Conseil d'Etat affirme dans l'arrêt précité qu'en raison de l'atteinte manifeste que la construction de l'immeuble projeté aurait portée aux lieux avoisinants, le préfet ne pouvait octroyer le permis de construire.

(157) C.E., 3 mai 1952, *Sieur Leclerc*, p. 222 ; C.E., 8 juillet 1953, *Sieur Goy*, p. 364 ; C.E., 30 avril 1965, *Dame Etrutmann*, p. 826 ; C.E., 28 avril 1965, *Dame veuve Geoffroy*, p. 252.

(158) C.E., 4 juillet 1962, *Epoux Capon*, tables, p. 1151 ; C.E., 14 avril 1967, *Sieur Van du Elst*.

(159) C.E., Ass., *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, p. 211, concl. Vught.

Cette interprétation du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation serait parfaitement contradictoire avec le pouvoir de vouloir que la norme juridique octroie dans cette hypothèse au préfet et qui réside précisément dans la possibilité qui lui est laissée d'accorder le permis de construire même si la construction porte atteinte aux caractères ou à l'intérêt des lieux avoisinants.

Plus généralement, une telle interprétation conduirait à admettre que lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre les motifs sur lesquels l'auteur d'un acte s'est fondé et sa décision, ou entre les conditions objectives existant au moment où l'acte a été pris et la décision, l'autorité administrative ne pourrait légalement prendre une telle décision même si, dans l'absolu, la norme juridique organisatrice du pouvoir de vouloir lui laissait la possibilité de prendre une telle décision pour la catégorie de motifs invoqués ou dans les conditions où elle serait intervenue. La fonction du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation serait de sanctionner les décisions manifestement inopportunes.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat n'impose en rien une telle interprétation. Moins d'un mois après l'arrêt Société du lotissement de la plage de Pampelonne, le Conseil d'Etat rappelait dans un arrêt *Sieur Cuniasse et autres* que le décret du 31 décembre 1958 laisse au préfet le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un refus de permis de construire et que « par suite, et en tout état de cause, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le préfet de la Côte-d'Or était tenu en raison de l'intérêt des lieux avoisinants et par application de la disposition sus-rappelée, de refuser d'approuver le lotissement Saint-Martin » (160).

En réalité, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a pour objet, lorsqu'il s'applique dans les hypothèses où la norme juridique a entendu octroyer un libre pouvoir de vouloir à une autorité administrative, non de supprimer ou de limiter la liberté de vouloir de cette autorité, mais de vérifier si cette liberté de vouloir s'est véritablement exercée, si la volonté de l'auteur de l'acte est exempte de vice.

Nombre d'arrêts du Conseil d'Etat montrent que la haute juridiction ne sanctionne pas en contrôlant l'erreur manifeste d'appréciation, l'établissement d'un rapport entre une situation objective et une décision, parce que ce rapport lui paraît manifestement disproportionné ou inopportun, mais que, tout au contraire, le juge administratif entend examiner si la décision intervenue est bien le

(160) C.E., 26 avril 1968, *Sieur Cuniasse et autres*, p. 267.

fruit du libre vouloir de l'auteur de l'acte. L'annulation de la décision interviendra seulement si l'un des termes du rapport, les raisons qui ont poussé l'auteur de l'acte à agir, ont été mal appréciées par l'auteur de l'acte, parce que dans une telle hypothèse le mécanisme volontaire aura été faussé.

Ainsi, dans un arrêt *Epoux Planty et autres*, le Conseil d'Etat considéra que le préfet disposait pour déroger à la règle posée par un règlement d'urbanisme, des plus larges pouvoirs pour concilier les exigences différentes de l'environnement général et les nécessités d'architecture propres au projet, et « qu'ainsi les requérants ne sont fondés à invoquer ni le caractère anormal, disproportionné par rapport à la règle de base de ladite dérogation ni la part prétendument insuffisante, faite dans l'appréciation des circonstances de l'espèce, de l'environnement de l'immeuble litigieux », tout en remarquant que ladite appréciation ne devait pas reposer sur un fait matériellement inexact, ni être entaché d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir (161).

Ainsi encore, dans un arrêt *Sieur Guintini*, le Conseil d'Etat considéra « qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'administration ait fondé son appréciation sur des faits matériellement inexacts ni qu'elle ait commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation » et que « l'opportunité de sa décision n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir » (162).

Le paradoxe que semblent établir les deux affirmations du Conseil d'Etat dans ces arrêts, disparaît si l'on admet que la recherche du juge administratif porte seulement quand il recherche l'absence ou la présence d'erreur manifeste d'appréciation sur les éléments du choix et non sur le choix lui-même (163). L'arrêt *Sieur Dequeker* révèle qu'il en est bien ainsi : « Il résulte de l'instruction qu'en estimant que la reprise litigieuse du sieur Deeroix aurait entraîné la disparition de l'exploitation du sieur Dequeker, la décision du préfet de Calais ne repose ni sur des faits matériellement inexacts, ni sur une erreur manifeste d'appréciation » (164).

L'emploi des mots « repose sur » prouve bien que le juge ne recherche pas si l'administration a bien choisi, mais vérifie si le choix de celle-ci n'a pas été vicié par une inexacte appréciation des motifs qui l'ont poussée à agir.

(161) C.E., Sect., 17 décembre 1965, *Planty et autres*, p. 696-697.

(162) C.E., 12 juin 1968, *Sieur Guintini*, p. 353.

(163) *Contra* : LAUBADERE (A. de), art. précité, p. 54.

(164) C.E., 14 février 1969, *Sieur Dequeker*, p. 98.

N'est-il pas, enfin, probant que, lorsque le Conseil d'Etat annule une décision exercice d'un libre vouloir pour erreur manifeste d'appréciation, il ne se contente pas d'affirmer dans ses arrêts que l'appréciation était manifestement erronée, mais précise que l'autorité compétente a commis une erreur dans son appréciation.

La rédaction de l'arrêt Société du lotissement de la plage de Pampelonne est, à cet égard, caractéristique : « Il résulte de l'instruction qu'en accordant à la société anonyme du lotissement de la plage de Pampelonne le permis de construire qu'elle avait sollicité, le préfet du Var a commis une erreur manifeste dans l'appréciation du caractère des lieux avoisinants » (165).

Celle de l'arrêt Sieur Mendelssohn ne l'est pas moins : « En accueillant le recours hiérarchique formé par le sieur Mendelssohn contre l'arrêté du maire de Biarritz refusant le permis de construire, le préfet des Basses-Pyrénées a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des conditions de salubrité dans lesquelles devait être édifiée la construction envisagée » (166).

La technique de l'erreur manifeste d'appréciation joue donc un rôle très différent suivant les hypothèses dans lesquelles elle intervient.

Dans certains cas elle permet de sanctionner le respect de limites imposées par la norme juridique au pouvoir de vouloir d'une autorité administrative. Elle constitue alors une étape que le juge est amené à franchir pour exercer un contrôle de la qualification juridique des faits.

Dans d'autres cas la technique de l'erreur manifeste d'appréciation vise à vérifier l'absence de vice de la volonté de l'autorité administrative compétente et a pour but de protéger le libre pouvoir de vouloir de cette autorité.

L'unité de terminologie ne doit pas cacher ces différences de fonction. Unité d'ailleurs plus apparente que réelle puisque le Conseil d'Etat a tendance, dans la première hypothèse, à ne pas employer le terme d'erreur qu'il emploie constamment dans la seconde.

(165) C.E., Ass., 29 mars 1968, Société du lotissement de la plage de Pampelonne, p. 213.

(166) C.E., 13 juillet 1968, p. 442.

SECTION III

L'INEXISTENCE OU L'ILLEGALITE
DES MOTIFS DETERMINANTS

Un acte exerce d'un pouvoir de vouloir fondé sur plusieurs motifs, dont un ou plusieurs sont inexistant, entachés d'erreur de droit, d'erreur manifeste, ou illicites, n'est pas annulé par le juge administratif si les motifs restants ont, aux yeux du juge, suffit à déterminer la décision de l'autorité administrative.

Cette attitude du Conseil d'Etat est le fruit d'une lente évolution dont on peut se demander si elle ne conduit pas le juge administratif à décider du caractère déterminant des motifs restants en fonction de l'opportunité de la décision.

§ I. — *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'influence des motifs sur la volonté de l'auteur d'un acte administratif.*

La jurisprudence relative aux caractéristiques que doit présenter un motif pour avoir une influence sur la légalité de l'acte a subi une triple évolution.

1°) Dans une première période le Conseil d'Etat ne se préoccupe pas du caractère déterminant ou surabondant des motifs.

Durant cette période, l'acte administratif est maintenu dès lors que subsiste un motif régulier : « Conservant une motivation, avec un objet et un but valable en droit, l'acte administratif reste juridiquement cohérent, et la haute juridiction ne recherche point l'importance respective que les motifs ont pu avoir dans l'esprit de l'administrateur » (167).

M. Pacteau résume l'attitude du juge durant cette période en affirmant que « jusqu'en 1948, la tendance générale du Conseil d'Etat fut d'admettre facilement et presque systématiquement la surabondance des motifs erronés dès lors que l'acte faisait également état de motifs admissibles » (168).

(167) SAUVIGNON (E.) : « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », A.J.D.A., 1971, p. 202-203.

(168) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 154.

Le Conseil d'Etat se contente de rechercher si un motif légal existe, qui suffit à justifier l'acte, et néglige les motifs inexistants, erronés ou illicites qui ont pu également pousser l'auteur de l'acte à prendre sa décision.

L'arrêt Ville de Toulouse contre sieur Daignan est révélateur de cette attitude : « Considérant, d'autre part, qu'à supposer que certains faits aient été reprochés à tort au sieur Daignan, ceux dont l'exactitude matérielle est établie par l'instruction, pouvaient justifier les griefs de « négligence » et de « défaut de surveillance et de contrôle... » ; considérant que ces griefs étaient de nature à motiver une sanction disciplinaire, et qu'il n'appartient ni au conseil de préfecture, ni au Conseil d'Etat d'en apprécier l'opportunité... » (169).

2°) A partir de 1948, le Conseil d'Etat ne se contente plus de l'existence et de la légalité d'un motif pour admettre la légalité d'un acte administratif dont un ou plusieurs autres motifs sont inexistants ou illicites.

A partir de l'arrêt Canavaggia, le juge recherche si le motif écarté a joué un rôle dans le processus d'élaboration de la décision. Dans cet arrêt, la haute juridiction annule un acte révoquant un fonctionnaire dont un motif est illégal et un autre inexistant considérant « qu'il ne ressort ni de l'arrêté attaqué, ni des pièces versées au dossier, que le troisième et dernier grief retenu contre le requérant ... aurait à lui seul entraîné la décision prise contre lui par le ministre de l'intérieur » (170).

L'arrêt Canavaggia renverse donc purement et simplement la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, « le juge recherche si le motif écarté a joué un rôle dans le processus d'élaboration de la décision... il reconstitue le processus d'élaboration psychologique qui a conduit à la décision » (171). Le Conseil d'Etat ne se contente plus de l'existence d'une justification légale d'une décision pour décider de la légalité de celle-ci, mais vérifie si cette justification a constitué un motif qui a déterminé la volonté de l'auteur de l'acte.

Mais si le juge recherche avec cette jurisprudence l'influence qu'a pu avoir un motif sur la volonté de l'auteur de l'acte, il présume, jusqu'à preuve du contraire, que le motif écarté n'avait pas un caractère surabondant : « La logique même du système autant que la rédaction de l'arrêt de 1948, montre que l'on doit présumer

(169) C.E., 30 mai 1945, Ville de Toulouse c/ sieur Daignan, p. 236.

(170) C.E., 14 janvier 1948, Canavaggia, p. 18.

(171) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 204.

dans tous les cas et, spécialement, dans les cas où c'est l'administration elle-même qui fait connaître au juge les motifs de sa décision, que lesdits motifs ne sont pas surabondants, ne serait-ce qu'en raison d'une propension bien naturelle à déprécier, après coup, les faits dont l'instruction a permis de mesurer la fragilité ; l'administration mérite d'être prise au sérieux, même quand elle est dans l'erreur et dès lors qu'elle a fait connaître au juge les circonstances qui l'ont décidée à intervenir, il n'y a pas lieu, en général, de tenir ces circonstances pour étrangères ou indifférentes à sa décision» (172).

La présomption du caractère déterminant du motif, conduit à poser le principe de l'annulation d'un acte administratif fondé sur plusieurs motifs dont un est inexistant ou illicite, dès lors que le caractère déterminant du motif restant ou le caractère surabondant du motif erroné ne ressort pas du dossier de façon objective (173).

3°) Cette position de principe est abandonnée dans une troisième période : « Depuis 1968, la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat paraît avoir pris un tournant décisif qui l'a conduit à intensifier sa recherche du caractère surabondant ou déterminant des différents motifs de l'acte. De ce fait, il en vient à accueillir plus facilement l'exception de motif surabondant » (174).

Cette nouvelle attitude, le Conseil d'Etat semble l'avoir adoptée dans un arrêt d'assemblée de 1968. Une décision étant fondée sur deux motifs dont l'un reposait sur des faits matériellement inexacts, le Conseil d'Etat considère que « il ne résulte pas de l'instruction que le préfet aurait, s'il n'avait retenu que l'autre motif, pris la même décision à l'égard de la dame Perrot » (175).

La portée de cet arrêt est parfaitement mise en lumière par M. Odent : « Cet arrêt, en premier lieu, abandonne le vocabulaire qui distinguait entre motifs déterminants et motifs surabondants. En second lieu, il étend à tout le contentieux de l'excès de pouvoir une jurisprudence jusqu'alors réservée à des contentieux particuliers. Enfin et surtout, il met un terme à l'automatisme caractérisant les annulations qui intervenaient antérieurement sur le fondement de la jurisprudence Canavaggia : depuis lors, en effet, lorsqu'une décision a été prise pour plusieurs motifs parmi lesquels certains sont

(172) Concl. KAHN s. C.E., Ass., 12 janvier 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ dame Perrot, A.J.D.A., 1968, p. 183.

(173) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 203.

(174) PACTEAU (B.), thèse précitée, p. 166.

(175) C.E., 12 janvier 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ dame Perrot, A.J.D.A., 1968, p. 184.

erronés en droit ou en fait tandis que d'autres sont matériellement exacts et de nature à justifier légalement cette décision, le juge saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette dernière recherche si l'autorité compétente aurait pris la même décision en se fondant sur des motifs légitimes » (176).

L'extension et l'infléchissement de la jurisprudence du Conseil d'Etat, confirmés par de nombreux arrêts (177), paraît selon certains commentateurs, entraîner une limitation nouvelle du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives.

§ II. — *La substitution de la volonté du juge à la volonté de l'autorité administrative compétente qu'entraînerait l'évolution de la jurisprudence relatives aux motifs déterminants.*

Une telle opinion est soutenue par M. Sauvignon qui affirme que « cette jurisprudence marque incontestablement dans son évolution, une restriction progressive du pouvoir discrétionnaire, qui rejoint l'attitude adoptée d'une façon générale par le Conseil d'Etat à cet égard » (178).

Telle paraît être également l'opinion de MM. Massot et Dewost qui affirment que les arrêts se situant dans la ligne de la jurisprudence Dame Perrot ébranlent la théorie selon laquelle le juge administratif ne doit pas se substituer à l'administration (179).

Déjà, selon M. Sauvignon, la jurisprudence Canavaggia n'assurait qu'un respect nuancé du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative puisqu'elle pouvait « avoir un effet de dissuasion et couvrir un blâme discret à l'égard d'une décision insuffisamment préparée » et que lorsqu'une décision était justifiée au fond, la haute juridiction devait parvenir à trouver dans les pièces du dossier matière à la maintenir (180). Mais avec la jurisprudence Ministre de l'économie et des finances contre dame Perrot, « on ne peut parler que d'une limitation du pouvoir discrétionnaire » (181). En fondant

(176) ODENT (R.), Contentieux administratif, cours 1970-1971, op. cit., p. 1524.

(177) Cf. par exemple : C.E., 21 février 1969, Ministre des postes et télécommunications c/ sieur Kopacki, A.J.D.A., 1969, p. 183, chron. de MM. Dewost et Denoix de Saint-Marc, p. 156 ; C.E., 4 février 1970, Ministre de l'intérieur c/ sieur Barre, p. 81 ; C.E., 12 février 1972, Demoiselle Collard, p. 89.

(178) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 210.

(179) MASSOT et DEWOST, chron., A.J.D.A., 1968, p. 338.

(180) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 206.

(181) Eod. loc., p. 201.

l'appréciation des motifs sur l'instruction le juge administratif donne en effet à sa démarche, un tour plus subjectif. Si « la référence à « l'arrêté attaqué » ou aux « pièces du dossier » laissait entendre que le juge se bornait à une constatation », la référence à « l'instruction » ne laisse plus aucun doute ; elle « évoque certes, aussi, les pièces du dossier, mais en plus une vision globale de l'affaire, et l'intime conviction que le Conseil d'Etat en a retirée » (182). Dès lors, « l'impression dominante que l'on retire de cette jurisprudence est que le juge s'est donné la possibilité de substituer discrètement son appréciation à celle de l'administration » (183).

Cette impression est également partagée par MM. Massot et Dewost qui affirment à propos de l'arrêt Dame Perrot : « Se référant d'une part à l'instruction et non au dossier, d'autre part à l'auteur de l'acte et non à l'acte lui-même, les rédacteurs de l'arrêt du 12 janvier 1968 répugnent manifestement beaucoup moins que le commissaire du gouvernement à substituer leur appréciation à celle de l'administration » (184).

Ainsi, pour peu que plusieurs motifs soient invoqués par l'auteur de l'acte « il n'est guère d'appréciation portée en opportunité qui ne puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel » (185).

Le libre choix de la sanction, traditionnellement accordé à l'autorité administrative dès lors qu'un fonctionnaire a commis une faute, serait lui-même supprimé : « Le système de la jurisprudence Canavaggia - Perrot est précisément lié à l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire : il permet au juge, lorsqu'une décision repose sur plusieurs motifs, et que certains de ceux-ci sont erronés en droit ou en fait, de se substituer en quelque sorte à l'administration pour déterminer si, aux vues des motifs restants, celle-ci aurait pris la même décision. Ce faisant ce système réintroduit, au cœur même du pouvoir discrétionnaire, un certain contrôle de l'« adéquation » de la sanction prononcée par rapport à la faute qui l'a justifiée » (186).

(182) Eod. loc., p. 208.

(183) Eod. loc., p. 208.

(184) MASSOT et DEWOST, *chr. précitée*, p. 339.

(185) SAUVIGNON (E.), *art. précité*, p. 208.

(186) DEWOST et DENOIX de SAINT-MARC, *chr. générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1969, p. 156.

§ III. — *Le fondement de l'évolution.*

Loin d'entraîner une limitation nouvelle du pouvoir de l'administration et une substitution du juge à l'administrateur, la jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat examine l'influence d'un motif sur la volonté de l'auteur de l'acte paraît parfaitement compatible et même conforme avec le pouvoir dont les actes exercent d'un pouvoir de vouloir sont l'expression, et ce, tant dans son principe, que dans ses applications récentes.

1°) M. le commissaire du gouvernement Kahn a parfaitement montré que la recherche par le Conseil d'Etat de l'influence des motifs sur la volonté de l'auteur de l'acte est impliquée par la nature même du pouvoir discrétionnaire : « La jurisprudence Canavaglia doit être comprise comme découlant de la nature même de ce pouvoir. Elle n'est pas une limite assignée par le juge à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; elle est fondée sur l'idée qu'en refusant d'apprécier l'opportunité de la décision c'est-à-dire, en matière disciplinaire, la sévérité de la peine, le juge s'interdit par là-même de substituer son appréciation des faits à celle de l'administration : si donc cette appréciation vient à être viciée pour une raison quelconque, il appartient à l'autorité compétente, et à elle seule, d'examiner à nouveau l'ensemble des circonstances de l'affaire. Telle qu'elle est, cette jurisprudence trouve tout naturellement sa place dans la théorie moderne du pouvoir discrétionnaire. Elle s'apparente d'une part au contrôle de l'exactitude matérielle des faits, dont elle n'est que le prolongement ou la généralisation, et, d'autre part, aux précautions que vous prenez pour obliger l'administration, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, à fonder son appréciation sur des bases sérieuses. Nous songeons notamment à l'obligation faite à l'autorité compétente de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire qui est sanctionnée par l'annulation de la décision... Vous vous gardez de contrôler, de l'intérieur, une appréciation dont l'administration reste seule responsable ; mais, non moins éloignés de vous en désintéresser, vous veillez, de l'extérieur, à ce que cette appréciation soit faite dans des conditions acceptables » (187).

Dire « qu'il faut bien admettre que la façon la plus efficace de respecter le pouvoir discrétionnaire, lorsqu'un acte administratif est juridiquement valable, consiste à maintenir ledit acte » (188) même

(187) KAHN, concl. s. C.E., Ass., 12 janvier 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ dame Perrot, A.J.D.A., 1968, p. 181-182.

(188) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 210.

si certains de ses motifs sont erronés, inexistants ou illicites, est parfaitement contraire à la conception positive du pouvoir discrétionnaire que la jurisprudence du Conseil d'Etat tend de plus en plus à consacrer.

Cette conception suppose que l'auteur de l'acte ait exprimé une volonté consciente, libre, suffisamment éclairée, et se soit déterminé en fonction d'un motif licite. Aussi, est-il parfaitement logique que si un motif inexistant, erroné ou illicite a eu une influence déterminante sur la volonté de l'auteur de l'acte, cet acte soit annulé.

Mais il est parfaitement logique également que cet acte soit annulé seulement si le motif inexistant, erroné ou illicite a eu une influence déterminante sur la volonté de l'auteur de l'acte.

La logique du juge administratif est ici égale à celle du juge judiciaire. En droit privé en effet, l'erreur n'est prise en considération que si elle a une influence déterminante sur le consentement, et la cause illicite ou immorale entraîne l'annulation de l'acte uniquement si elle a été impulsive et déterminante (189).

2°) La hardiesse nouvelle du juge administratif dans la recherche de l'influence d'un motif sur la volonté de l'auteur de l'acte, paraît également conforme au respect du pouvoir de vouloir dont ces actes sont l'expression.

Dans cette recherche, « le juge administratif ne substitue pas son appréciation personnelle à celle à laquelle l'autorité administrative s'est livrée : il se borne à déterminer ce qu'aurait été l'appréciation de cette autorité » (190).

La rédaction des arrêts du Conseil d'Etat prouve bien que tel est l'objet de la recherche du juge. Le Conseil d'Etat annule un acte administratif fondé sur des motifs erronés ou illicites lorsque, par exemple, « il ne résulte pas de l'instruction que le ministre de l'éducation nationale aurait, s'il n'avait retenu que l'autre motif précité, pris la même décision à l'égard de l'établissement dont il s'agit » (191) ; ou lorsque « il ne résulte pas de l'instruction que

(189) Cf. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : « Droit civil », op. cit., t. II, p. 110-124 et p. 168-179.

(190) ODENT (R.) : « Contentieux administratif », cours 1970-1971, op. cit., p. 154.

(191) C.E., 2 octobre 1968, Ministre de l'éducation nationale c/ sieur Moulignier, p. 469.

le directeur général du centre hospitalier aurait, s'il n'avait retenu que les autres motifs invoqués à l'encontre de la demoiselle Collard, pris la même décision » (192).

Il refuse, au contraire, d'annuler l'acte exerce d'un pouvoir de vouloir considérant, par exemple, que « s'il est exact que des faits antérieurs amnistiés ont été mentionnés au cours de l'instruction de l'affaire et dans l'avis du conseil départemental de l'enseignement primaire aux vues desquels a été prise la décision attaquée, il ne résulte pas de l'instruction que cette mention, qui n'était pas contraire aux dispositions de la loi d'amnistie, ait modifié la portée de la décision attaquée du recteur » (193) ; ou considérant qu'il « résulte des pièces versées au dossier et notamment du rapport d'expertise, que le sieur Loeb est atteint d'alcoolisme chronique et que la constatation de cette affection, alors même qu'il serait établi que l'intéressé est indemne des autres incapacités qui avaient été relevées, aurait entraîné la décision attaquée qu'elle pouvait légalement fonder » (194) ; ou, enfin, considérant « qu'il résulte de l'instruction que ledit ministre aurait, en tout état de cause, pris la même décision s'il s'était uniquement basé sur l'absence de service du sieur Pierrisnard » (195).

On peut certes affirmer qu'il y a là une simple façade, que le juge administratif prétend chercher l'importance qui a été accordée aux motifs par l'auteur de l'acte, mais en réalité substitue son jugement à celui de l'administrateur (196). On remarquera simplement qu'il s'agit là d'un pur procès d'intention fait à la haute juridiction.

Si le Conseil d'Etat a abandonné, en ce qui concerne l'annulation d'un acte exerce d'un pouvoir de vouloir dont certains motifs seulement sont erronés ou illicites, toute position de principe, c'est parce que le respect du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative lui paraît mieux assuré en prenant en considération la volonté interne de l'auteur de l'acte, et en recherchant l'influence réelle que les différents motifs ont eu sur cette volonté, qu'en admettant une présomption de conformité de la volonté déclarée à cette volonté interne.

(192) C.E., 12 février 1971, Demoiselle Collard, p. 89.

(193) C.E., 27 novembre 1968, Dame Reynaud, p. 597.

(194) C.E., 17 janvier 1968, Sieur Loeb, p. 43.

(195) C.E., 21 juillet 1970, Sieur Pierrisnard, p. 538.

(196) SAUVIGNON (E.), art. précité, p. 208.

Au demeurant, l'avantage essentiel de la prise en considération de la volonté déclarée réside dans ce qu'elle permet d'établir plus facilement la stabilité des relations juridiques et la sécurité dans les relations juridiques.

Or, en conduisant à considérer tout motif invoqué par l'auteur de l'acte comme un motif déterminant, la prise en considération de la volonté déclarée aboutit à l'effet contraire.

Le respect mieux assuré du libre pouvoir de vouloir des autorités administratives étant dès lors parfaitement compatible avec la nécessité d'assurer la sécurité des relations juridiques, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à se livrer à de délicates investigations psychologiques.

Le fait que le Conseil d'Etat ait accepté de s'y livrer est parfaitement significatif du rôle positif que joue la volonté de l'auteur d'un acte exercice d'un pouvoir de vouloir, et du point de vue largement subjectif à partir duquel le Conseil d'Etat apprécie la légalité de cette catégorie d'actes.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'examen de la validité des actes administratifs conduit parfois le juge administratif à adopter des solutions apparemment contraires à la logique. M. Odent souligne par exemple que «la logique pure voudrait... que le juge d'excès de pouvoir déclare illégale toute décision à laquelle l'autorité compétente a donné un fondement juridique qui ne lui permettrait pas légalement de prendre cette décision» (197).

Dès lors pour expliquer des décisions de refus d'annulation de certains actes contraires d'une règle de droit ou, au contraire, d'annulation de certains actes apparemment conformes à la règle de droit, *la doctrine recourt à des explications pratiques*, ou se contente de constater que dans telle ou telle hypothèse le juge de l'excès de pouvoir substitue sa volonté à celle des autorités administratives, maintient ou annule l'acte administratif en fonction de l'opportunité de la décision qu'il contient.

Or ces solutions paraissent s'expliquer juridiquement et logiquement pour peu que l'on admette que le juge administratif examine les conditions de validité des actes administratifs, non en fonction d'un principe de légalité, conçu comme déterminant une limite objective au pouvoir des autorités administratives, mais en fonction du rôle que joue dans chacun de ces actes la volonté de leur auteur.

1°) Dans la mesure où la norme juridique ne laisse à une autorité administrative compétente aucune possibilité de créer des droits et obligations ou d'échapper à une obligation, dans la mesure où la norme juridique crée par l'intermédiaire d'un fait juridique une obligation de résultat, la déclaration de volonté d'une autorité administrative suffit à réaliser ce résultat, même si cette autorité n'est pas l'autorité administrative compétente.

La nécessité de l'acte juridique trouvant sa source dans la nécessité de respecter l'autonomie de la fonction administrative, le juge considère que cette autonomie est respectée dès lors qu'existe la constatation formelle par une autorité administrative de l'obligation de l'administration.

(197) ODENT (R.), cours précité, p. 1518-1519.

Le résultat à atteindre étant juridiquement obligatoire, cette solution repose bien sur un fondement juridique. Elle est parfaitement logique, étant donné le caractère purement formel que revêt, dans cette hypothèse, l'autonomie de la fonction administrative : le pouvoir de l'administration d'échapper — en partie — à ses obligations découlant de l'impossibilité pour le juge administratif de faire acte d'administrateur, et étant un pouvoir purement formel, la déclaration de volonté d'une autorité administrative suffit pour que le contenu de l'obligation de l'administration et le droit de l'administré se réalisent pleinement.

2°) Dans la mesure où la norme juridique octroie un pouvoir à l'administration, une possibilité de choix que l'autorité administrative compétente exercera pour le compte de celle-ci, la validité des actes administratifs s'apprécie à la lueur de l'influence des situations objectives de fait ou de droit sur la volonté de l'auteur de l'acte.

Il existe, certes, des relations objectives établies entre des situations de fait ou de droit et des actes juridiques administratifs, mais ces relations ne doivent pas masquer que l'évolution de la jurisprudence conduit le Conseil d'Etat à examiner la légalité des actes exercés d'un pouvoir de vouloir à partir du point de vue subjectif de la volonté et cela pour deux raisons.

D'abord parce que le libre pouvoir de la volonté de l'auteur constitue l'élément fondamental de l'acte. Il est donc important que l'auteur de l'acte exerce son choix librement, et qu'il existe une correspondance entre la réalité extérieure et les représentations que l'auteur de l'acte a eues de cette réalité.

Dans le cas contraire, le libre choix dont ces actes sont l'expression n'existerait pas, la volonté de l'auteur de l'acte ayant été viciée. C'est parce que la volonté de l'auteur de l'acte a été viciée que le Conseil d'Etat annule un acte administratif fondé sur une erreur de droit, une erreur de fait, ou une erreur manifeste d'appréciation, alors qu'objectivement la mesure était parfaitement légale. C'est également pour préserver la liberté de choix de l'autorité administrative compétente que le juge administratif annule un acte administratif dont l'auteur n'a pas procédé à un examen particulier des circonstances de l'affaire ou a omis d'accomplir une formalité dont l'accomplissement aurait pu avoir une influence sur sa décision en éclairant son choix.

La nécessité de protéger la liberté des autorités administratives compétentes et les conséquences qu'elle implique sur le plan contentieux sont mises en lumière par M. Charlier : « Faire confiance au jugement de l'autorité pour donner, dans une situation donnée, la

solution la plus judicieuse, cela implique qu'on ne la prend pas au mot si elle a été victime d'une véritable erreur sur ce que sont les données, si, indépendamment de la correspondance qui a pu exister entre ces données et la mesure qu'elle a prise, ces données étaient autres qu'elle ne le croyait. Tout comme on protège la liberté du particulier en tenant pour nul l'acte qu'il a fait si son consentement a été vicié par la violence, le dol ou l'erreur simple, on va et à plus forte raison, devoir protéger la compétence, la liberté de décision et le pouvoir d'une autorité publique en annulant la décision où son consentement aura été égaré ou détourné, n'aura pas été libre, soit du fait d'une contrainte subie (hypothèse exceptionnelle), soit du fait d'une erreur qu'on lui aura fait commettre (il y en a des exemples, et la jurisprudence leur donne même des effets d'« inexistence » de la décision : ils sont l'équivalent de dols) ou qu'elle aura commise d'elle-même : ainsi peut s'expliquer tout un groupe d'arrêts touchant l'erreur de fait ou celle de droit. C'est justement parce qu'on fait confiance à la valeur de son consentement quand il est informé et libre qu'on va refuser crédit à la décision qui lui a été arrachée par l'erreur » (198).

Une deuxième raison conduit le juge administratif à examiner la validité des actes administratifs en se plaçant du point de vue subjectif de la volonté de leur auteur. Les actes exercent d'un pouvoir de vouloir constituent essentiellement une réaction subjective de leur auteur à une situation extérieure ; dès lors, la limitation de ce pouvoir pourra s'effectuer d'un point de vue subjectif. C'est bien une limitation subjective du pouvoir des autorités administratives que la règle juridique établit lorsqu'elle détermine les buts et les motifs, c'est-à-dire les raisons, les représentations subjectives, qui peuvent seules déterminer l'auteur de l'acte. Il est dès lors parfaitement logique que ces représentations subjectives n'influencent sur la légalité de l'acte que dans la mesure où leur influence sur la volonté de l'auteur de l'acte a été déterminante.

Les solutions jurisprudentielles relatives aux conditions de validité des actes administratifs se révèlent parfaitement logiques, pour peu que l'on admette que le juge administratif les déduit du rôle de la volonté dans ces actes administratifs, et non d'un principe qui conduit à voir dans la règle de droit uniquement une limite objective plus ou moins stricte au pouvoir des autorités administratives.

(198) CHALIER (R.-E.) : « Les cas de nullité de la décision de l'administration », *Revue Thémis de la Faculté de droit de Montréal*, 1962, p. 109.

CONCLUSION GENERALE

L'étude du rôle de la volonté dans les actes administratifs illustre, dans une large mesure, le jugement que Léon Duguit formulait sur la différence entre le droit public et le droit privé : « On a raison de distinguer le droit public et le droit privé. Mais il ne faut pas donner à cette distinction une portée qu'elle n'a pas. Le droit public et le droit privé doivent être étudiés avec le même esprit et la même méthode. Les lois de droit public et les lois de droit privé reposent sur le même fondement. Les actes juridiques de droit public et ceux de droit privé sont formés des mêmes éléments et ont au fond le même caractère » (1).

Par là, elle s'inscrit dans le sens d'une évolution qui semble aujourd'hui irréversible.

§ 1. — Notion fondamentale, l'acte juridique est longtemps apparu comme la manifestation technique de « l'opposition des esprits qui animent les deux droits » (2).

Parmi les actes intéressant le droit, les actes juridiques occupent, en effet, une place essentielle : « La place que la théorie de l'acte juridique tient dans la construction du droit est si capitale qu'il ne serait pas inexact de dire d'elle, par rapport aux autres ce que Dumoulin, sous l'Ancien Régime, disait de la coutume de Paris à l'égard des autres à savoir qu'elle les domine et a sur elles la préséance. M. Jèze, qui a lui-même tant fait pour donner à la technique du droit une assiette enfin satisfaisante, a nettement souligné le rôle essentiel de cette théo-

(1) DUGUIT (L.) : « *Traité de droit constitutionnel* », t. I, op. cit., p. 713.

(2) SCHWARTZENBERG (R.-G.) : « L'autorité de chose décidée », Paris, L.G.D.J., 1960, p. 15.

rie. Il y voit et comment ne pas en tomber d'accord. « le préliminaire indispensable de « tout exposé juridique » (3).

1°) Cette opinion a longtemps été méconnue et la théorie de l'acte juridique a eu du mal à se dégager des présupposés à partir desquels elle a été bâtie, qui étaient profondément différents en droit public et en droit privé.

Droit impératif, d'autorité et d'inégalité, le droit public trouverait sa spécificité dans l'usage d'une technique unilatérale, autoritaire.

Droit ayant pour essence la liberté de l'individu, la souveraineté de sa volonté, le droit privé trouverait sa spécificité dans l'usage d'une technique contractuelle.

Cette spécificité des droits entraînerait une première conséquence: il s'agirait moins dans chacune des deux disciplines d'élaborer la théorie de l'acte juridique que d'élaborer la théorie d'un acte juridique, d'une catégorie d'actes juridiques.

Ainsi la « théorie fondamentale du droit administratif » serait « celle de l'acte administratif unilatéral, alors qu'en droit privé la notion essentielle » serait « celle du contrat » (4).

La spécificité des deux droits entraînerait une deuxième conséquence, relative à la structure de ces actes, dont les effets continuent à se manifester: les civilistes « demeurent généralement convaincus de l'idée que l'acte juridique est un acte de volonté et n'est guère que cela », alors que les publicistes « ont été tentés par les positions entièrement antinomiques à celles de la théorie classique pour arriver jusqu'à la négation totale de l'élément volontaire dans l'acte juridique et pour ne voir en lui qu'une norme qu'ils présentent comme une pièce d'une conception objective du droit et des droits ou comme une pierre de la pyramide kelsenienne » (5).

Ces deux attitudes avaient bien la même origine. Si, en droit privé, la doctrine raisonnait à peu près exclusivement sur le contrat et voyait dans l'acte juridique un acte de volonté, c'était essentiellement parce qu'elle conduisait son raisonnement à partir du principe de l'autonomie de la volonté.

(3) LATOURNERIE (R.): « L'humanisme juridique et l'acte de volonté », R.D.P., 1948, p. 148, note 1.

(4) MESTRE (A.), concl. s. T.C., 2 décembre 1902, S., 1904, III, 20.

(5) RAYNAUD (P.), préface à l'ouvrage de HAUSER (J.): « Subjectivisme et objectivisme dans l'acte juridique », Paris, L.G.D.J., 1971, p. I.

Si la doctrine publiciste raisonnait à peu près exclusivement sur l'acte unilatéral et voyait dans l'acte juridique uniquement des éléments objectifs, c'était parce que la fonction administrative, résidant dans la mission d'exécution des lois, la décision administrative s'analysait en acte d'autorité, de souveraineté, mais de souveraineté dérivée : « Parce que l'acte administratif intervient en application de la loi, il a immédiatement puissance et autorité. Pour la même raison, il est soumis à contrôle : ce contrôle portant sur la fidélité aux normes supérieures pour l'application ou en application desquelles il intervient... Au fond, l'autorité de la décision administrative est la résultante de deux considérations antagonistes. D'une part, cette décision est prise en vertu ou pour l'application de l'acte souverain : la loi, ce qui implique obéissance et exécution de la part de ses destinataires. D'autre part, précisément puisqu'elle intervient en application des normes législatives ou supra-législatives, elle est dépourvue de caractère initial, souverain dans la hiérarchie des normes : ce qui implique un contrôle de correspondance avec ces normes supérieures » (6).

2°) Peu à peu, la théorie de l'acte juridique a conquis son autonomie en même temps que son unité, comme théorie d'une catégorie juridique fondamentale.

Les transformations de l'univers du droit privé et les transformations de l'univers du droit public, dont la description est devenue classique depuis que Duguit en a dressé le tableau (7), amenèrent les auteurs à constater que le procédé contractuel devenait familier en droit public, que la technique de l'acte unilatéral n'était pas étrangère au droit privé, et qu'« aujourd'hui, au terme de l'évolution, la confusion des techniques d'actions propres aux deux disciplines atteint un stade avancé » (8).

La crise des catégories d'actes juridiques, en particulier la crise du contrat en droit privé, a permis de se rendre compte de l'absence et de la nécessité d'une théorie générale de l'acte juridique.

Ainsi M. Hauser remarque, fort justement, que « le droit français semble marqué d'une faiblesse définitive sur le plan de la théorie générale de l'acte. Cette absence... n'a présenté que très peu d'inconvénients tant que la théorie générale du contrat a suffi pour expliquer l'ensemble des solutions, mais l'identification du contrat et de la volonté, liée à cette absence d'une théorie générale de l'acte juridique,

(6) SCHWARTZENBERG (R.-G.), op. cit., p. 44.

(7) DUGUIT (L.) : « Les transformations du droit public », 1913.

(8) SCHWARTZENBERG (R.-G.), op. cit., p. 23.

ont gravement compromis tout essai d'explication de l'évolution du concept contractuel. Chaque étape de cette évolution, marquée par une pénétration de l'objectivisme, a paru d'une nouveauté telle que le rattachement à la théorie générale du contrat était impossible et que, faute d'une structure d'accueil plus large, on s'est trouvé amené à multiplier les catégories hybrides dont l'ordonnancement s'est avéré de plus en plus difficile » (9).

Le sentiment de la nécessité d'une théorie générale des actes juridiques et les efforts d'élaboration d'une telle théorie voient le jour dès le début du siècle.

On doit souligner à cet égard que c'est chez les auteurs de droit public qu'il convient de rechercher d'abord une tentative d'analyse fondamentale de l'acte juridique et qu'il revient à Duguit « l'honneur d'avoir avec une extrême intransigeance, mais aussi avec une force remarquable d'analyse, tenté de découvrir, sous des différences souvent moins spécifiques et moins irréductibles qu'on ne l'avait jusqu'alors pensé, une somme de vérités « polyvalentes », authentique trésor du droit » (10).

Mais si l'« on ne saurait... s'étonner que dans les familles des juristes les publicistes aient été comptés au premier rang des novateurs les plus hardis, sinon même révolutionnaires » (11) on doit constater que « ce don n'a pas été d'ailleurs... accepté sans quelques réticences » et qu'« il s'en faut de beaucoup qu'aujourd'hui encore l'unanimité soit faite, parmi les juristes, sur le mérite de ces théories » (12).

La raison de ces divergences paraît résider dans la méthode utilisée : « Le présupposé philosophique de nombre de ces tentatives d'explication les a rendues suspectes aux yeux de maints juristes de droit privé : ici encore une équivoque a sensiblement obscurci le débat » (13).

Cela n'enlève rien au mérite des pionniers qui, tel Duguit, ont tenté d'élaborer une théorie de l'acte juridique en mettant en évidence le lien entre les catégories d'actes juridiques.

(9) HAUSER (J.), *op. cit.*, p. 13.

(10) LATOURNERIE (R.), *art. précité*, p. 145-146.

(11) Sur les raisons qui poussèrent les auteurs de droit public à tenter une analyse fondamentale de l'acte juridique, cf. : LATOURNERIE (R.), *art. précité*, p. 146 et HAUSER, *op. cit.*, p. 55.

(12) LATOURNERIE (R.), *art. précité*, p. 147.

(13) HAUSER (J.), *op. cit.*, p. 55.

Ces auteurs ont en effet mis en lumière tant l'objet de la recherche, l'acte juridique, que sa finalité qui réside dans la découverte de l'unité profonde de l'acte juridique, au-delà des frontières entre le droit public et le droit privé.

§ 2. — La voie qui permet d'accéder à la découverte de cette unité réside plus dans l'unité des problèmes posés par les actes juridiques que dans les réponses qui y sont apportées.

1°) Etudiant l'acte juridique, M. Hébraud notait qu'il y avait plutôt similitudes dans les problèmes posés que similitudes dans les solutions fournies (14).

Quant à M. Latournerie il affirme que « loin de faire fonction de brandon de discorde, la théorie des actes intéressant le droit devrait former l'apanage, le patrimoine commun des juristes de tous les rites, ils ne devraient pas s'y rencontrer pour y poursuivre, sans espoir d'une issue, une querelle comparable aux différends où les études d'avoués de l'Ancien Régime voyaient le fond de leur activité, mais pour y jouir d'un bien de famille assez large pour les défrayer tous. Que le criminaliste ait à se prononcer tant sur l'intention criminelle que sur le fait justificatif ou sur les circonstances atténuantes, que le civiliste, de son côté, recherche l'intention contractuelle, que le juriste de droit public enfin apprécie le détournement de pouvoir, comment ne pas voir dans l'objet de leurs décisions ou de leurs études les aspects divers d'une même question » (15).

2°) L'unité, la similitude des problèmes posés par l'acte juridique paraissent découler de sa naturelle complexité.

L'élaboration d'une véritable théorie de l'acte juridique suppose que l'on écarte le dilemme contractuel et subjectif ou non contractuel et objectif, parce que ce dilemme rejette dans l'obscurité toute analyse réaliste de l'acte juridique qui en démontre la naturelle complexité.

Cet ensemble complexe qui constitue l'acte juridique, semble être de mieux en mieux perçu : « Progressivement, surmontant l'antinomie, qu'on avait crue un instant irréductible, du subjectivisme et de l'ob-

(14) HEBRAUD (P.), *Encycl.*, Dalloz, *Rep. de droit civil*, V^e acte.

(15) LATOURNERIE (R.), *art. précité*, p. 142.

jectivisme dans la théorie générale de l'acte juridique, la doctrine récente a été amenée à s'interroger sur le rôle et la combinaison éventuelle des deux tendances dans l'analyse du concept » (16).

Cette complexité n'apparaît pas seulement dans l'hétérogénéité des éléments dont l'acte juridique est la résultante, à savoir la règle de droit, le fait, et la volonté.

Elle apparaît également dans l'interaction qui existe entre ces éléments : « L'acte juridique apparaît de structure complexe et comme un organisme dont les éléments sont en même temps source, fin et moyen les uns pour les autres et tour à tour en combinaison ou en opposition réciproque » (17).

C'est la raison pour laquelle une théorie générale de l'acte juridique ne peut procéder que par voie d'exemples ou même plutôt, par simple indication de direction de recherche : « Le mode de combinaison entre ces éléments varie à l'infini mais s'il refuse toute systématisation pour cette raison il n'en permet pas moins l'utilisation de la méthode déductive à partir d'exemples » (18).

§ 3. — Le rôle de la volonté dans les actes administratifs paraît constituer, à divers points de vue, une direction de recherche intéressante.

1°) Cet intérêt trouve d'abord sa source dans le rôle résiduel, que l'opinion dominante attribue à la volonté de l'auteur de l'acte dans les actes administratifs.

Nous avons tenté de montrer que la volonté de l'auteur de l'acte joue, au contraire, un rôle positif et que la vérité de l'acte administratif ne se situe pas dans un objectivisme absolu, mais dans un équilibre très variable entre l'objectif et le subjectif.

Comme tout acte juridique, l'acte administratif est le fruit du jeu de trois éléments qui sont la réglementation juridique, le fait et la volonté de l'auteur de l'acte.

(16) HAUSER (J.), *op. cit.*, p. 15.

(17) *Eod. loc.*, p. 86.

(18) *Eod. loc.*, p. 86.

L'équilibre établi entre ces éléments étant éminemment variable, il peut sembler paradoxal que nous ayons tenté d'élaborer une classification entre les actes administratifs à partir du jeu de ces éléments : la complexité fondamentale de l'acte juridique, les combinaisons infinies dont il peut être le fruit, ne rendent-elles pas, non seulement vaine, mais contradictoire avec la conception de l'acte juridique que nous avons adoptée et que l'on vient de rappeler, cette tentative de classification ?

La contradiction que l'on peut ainsi relever n'est pourtant qu'apparente. Elle disparaît si l'on considère comme acquis en matière juridique « que toute classification n'est finalement fondée que sur le choix d'un élément déclaré prépondérant en fonction d'un problème à résoudre ou d'un but à atteindre » (19).

La classification des actes administratifs en acte exercice d'un pouvoir de vouloir et acte exécution d'une obligation de vouloir apparaît simplement comme une approche permettant de révéler la naturelle complexité des actes administratifs, en particulier en mettant en valeur le rôle essentiel de la volonté de l'auteur dans les premiers et le rôle formel de la volonté dans les seconds.

La prise de conscience de cette complexité apparaît par ailleurs essentielle pour expliquer le régime juridique de ces actes.

Nous avons tenté de le montrer à propos du régime de l'annulation des actes administratifs, mais l'examen du régime de la responsabilité qui peut incomber à l'administration du fait de l'illégalité de ces actes est tout aussi probant. On se contentera de remarquer ici que si toute illégalité ne constitue pas une faute lorsque l'on est en présence d'un acte exercice d'un pouvoir de vouloir, notamment lorsque cette illégalité réside dans une erreur sur les motifs commise par l'autorité administrative compétente, il n'en va pas de même lorsque l'autorité administrative refuse d'émettre un acte exécution d'une obligation de vouloir. Ainsi que le remarque M. Kornprobst, « la violation d'une compétence liée est... qualifiée de faute ou de faute lourde suivant que l'une ou l'autre sont exigées pour permettre la réparation d'un préjudice » (20). Cet automatisme s'explique parfaitement si l'on admet que l'acte exécution d'une obligation de vouloir n'est que le moyen de constater un résultat dont la source réside dans l'existence d'un fait générateur. La violation de cette obligation de résultat constitue donc automatiquement une faute.

(19) HAUSER (J.), *op. cit.*, p. 18.

(20) KORNPROBST, *art. précité*, p. 956

2°) L'examen du rôle de la volonté des autorités compétentes ne permet pas seulement de constater que l'acte administratif est le fruit d'éléments objectifs et subjectifs.

Il permet également d'observer que le rôle joué par ces différents éléments n'est pas uniforme.

En schématisant quelque peu le rôle des éléments dont l'acte administratif est le fruit (faits, règles de droit, volonté), est généralement conçu de la manière suivante :

a) La réglementation juridique constitue une limite au pouvoir des autorités administratives.

b) Le fait n'a d'importance que dans la mesure où prévu par la règle de droit, il constitue la concrétisation d'une limite légale au pouvoir des autorités administratives.

c) La volonté de l'auteur de l'acte choisit à l'intérieur des limites ainsi tracées.

Là encore, la réalité est plus complexe :

a) La règle de droit loin de constituer seulement une limite au pouvoir des autorités administratives, constitue, parfois, la source de l'action possible de ces autorités (21). Inversement elle peut être source d'obligations qui ne constituent pas des limitations d'un pouvoir mais qui sont des obligations de résultat (22).

b) Le fait loin de constituer, lui aussi, une simple limite constitue parfois la source d'une obligation de résultat lorsque la norme juridique soumet la nécessité de ce résultat à l'existence d'un fait, qui est alors générateur d'une obligation. Le fait constitue aussi un élément du libre jeu de la volonté de l'auteur de l'acte : dans la mesure où l'acte juridique constitue une réaction volontaire à une situation de fait, le fait se présente comme l'élément de base de la décision, et l'exactitude de sa représentation dans la volonté de l'auteur de l'acte est un élément nécessaire au libre choix de cet auteur. Il en est de

(21) Cf. la remarque de HAUSER en ce qui concerne le droit privé : « Le rôle de la loi ne peut être arbitrairement limité à un sens négatif et se développe aussi bien comme support du pouvoir de la volonté que comme limite à ce pouvoir », op. cit., p. 86.

(22) Cf. GALMOT : « Votre jurisprudence a donc reconnu que l'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui lui soit contraire ; l'autre positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles, qu'impliquent nécessairement leur action », concl. s. C.E., Ass., 27 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires économiques c/ dame veuve Renard, p. 594.

même d'une situation objective de droit lorsqu'elle constitue le motif d'une décision.

c) La volonté de l'auteur de l'acte joue non seulement un rôle positif dans le choix de la décision, mais interprète les faits, et est parfois source, comme dans l'élaboration de directives, de détermination d'éléments objectifs de conduite. Elle constitue aussi le miroir dans lequel le juge administratif recherche le respect de la règle objective dans la mesure où celle-ci précise les situations qui peuvent seules déterminer la décision d'une autorité administrative. Enfin, elle se contente parfois d'intervenir formellement pour constater un résultat qui s'impose à elle.

Ainsi comme tous les actes juridiques l'acte administratif apparaît non seulement comme une synthèse entre des éléments objectifs et des éléments subjectifs, mais encore comme une synthèse réalisée à partir d'une interaction permanente entre ces éléments.

La part attribuée à chacun de ces éléments et la manière dont ils interfèrent les uns sur les autres constituent autant de problèmes qui sont communs au droit public et au droit privé et qui constituent l'essence de l'unité des actes juridiques.

L'étude du rôle de la volonté dans les actes administratifs aura peut-être contribué à montrer cette unité profonde de l'acte juridique au-delà des frontières du droit public et du droit privé.

Elle aura peut-être permis de souligner que l'attitude du Conseil d'Etat vis-à-vis du contrôle de la légalité des actes administratifs, est déterminée plus par la nature essentiellement complexe de ces actes que par leur nature administrative et que les problèmes que pose l'acte juridique au juge administratif ne sont pas fondamentalement différents des problèmes qu'il pose au juge judiciaire.

La distinction entre les actes exercice d'un pouvoir de vouloir et les actes exécution d'une obligation de vouloir permet, croyons-nous, de mieux comprendre les solutions que le juge administratif apporte à ces problèmes. Elle explique le refus du juge administratif d'annuler les seconds dès lors qu'existe le fait générateur de l'obligation de l'administration. Elle montre que tout point de vue subjectif ne saurait être écarté en ce qui concerne la validité juridique des premiers et que le juge administratif les examine, en partie, à la lueur du libre pouvoir de création de la volonté de leur auteur.

En permettant de mieux analyser le régime juridique et contentieux des actes administratifs unilatéraux, elle esquisse les progrès possibles du contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir qui pourront se réaliser par la prise en considération croissante des éléments subjectifs des actes administratifs exercice d'un pouvoir de vouloir.

BIBLIOGRAPHIE

I. — BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A L'ENSEMBLE DE LA THESE

A. — *Ouvrages et thèses.*

- AUBY (J. M.) et DRAGO (R.) : *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.
- BARTHELEMY : *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, thèse Toulouse, 1899.
- BENOIT (F. P.) : *Le droit administratif français*, D., Paris, 1968.
- BEUDANT (Ch.) : *Cours de droit civil français*, deuxième éd. par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGIEONNIER, 12 vol., Paris, 1934-1952.
- BONNARD (R.) : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, (C.J.A.).
— *Précis de droit administratif*, 4^{me} éd., Paris, L.G.D.J., 1943.
- BRETHER de La GRESSAYE (J.) et LABORDE-LACOSTE (M.) : *Introduction générale à l'étude du droit*, S. Paris, 1947.
- CARRE de MALBERG (R.) : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, S., 1920, t. I et II, rééd. par le C.N.R.S., 1962.
— *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français, relativement à sa formation*, S., 1933.
- CHABAS (J.) : *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931.
- CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée*, L.G.D.J., 1957.
- CHEVALLIER (J.) : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- COUMAROS (N.) : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931.
- DEBBASCH (Ch.) : *Droit administratif*, éd. Cujas, 1968.
- DEMOGUE (R.) : *Traité des obligations en général*, 7 vol., 1923-1933.
- DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.) : *Traité de droit administratif*, Paris, D., 1952.
- DUGUIT (L.) : *Les transformations du droit public*, 1913.
— *Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. de Broccard, 3^{me} éd., 1927.
- EISENMANN (Ch.) : *Cours de doctorat*, 1958-1959.
- GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat juge du fait*, thèse, Paris, D., 1932.
- GOMA (Noonan M. K.) : *Théorie des sources et des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1968.

- GOUNOT (E.) : Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse Dijon, 1912.
- GOY (R.) : Eléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français, thèse, Paris, 1958.
- HAMSON (C. J.) : Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, L.G.D.J., 1958.
- HAURIOU (M.) : Précis de droit administratif, II^{me} éd., 1932.
— Notes de Maurice HAURIOU réunies et classées par A. HAURIOU, S., 1929, t. I à III.
- HAUSER (J.) : Subjectivisme et objectivisme dans l'acte juridique, Paris, L.G.D.J., 1971.
- JEZE (G.) : Les principes généraux du droit administratif, 3^{me} éd., Paris, Marcel Giard, 1925.
- KORNPROBST (B.) : La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir, Paris, L.G.D.J., 1959.
- LAFFERIERE (E.) : Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{me} éd., Berger-Levrault et Cie, 1896.
- LAUBADERE (A. de) : Traité élémentaire de droit administratif, Paris, L.G.D.J., 5^{me} éd., 1970.
- LODOVICI : L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire, thèse, Lille, 1937.
- LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.) : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, S., 5^{me} éd., 1969.
- MARTIN de La MOUTTE : L'acte juridique unilatéral (essai sur sa notion et sa technique en droit civil), thèse, Toulouse, 1949.
- MARTY (G.) et RAYNAUD : Droit civil, S., t. I, 2^{me} éd., 1972 ; t. II, 1962.
- MAZEAUD (H., L., J.) : Leçons de droit civil, 4^{me} éd., Montchrestien.
- ODENT (R.) : Contentieux administratif, cours 1970-1971, Les cours du droit.
- PACTEAU (B.) : Le juge d'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, thèse, Bordeaux, 1971.
- PANAZZA (J. P.) : Le juge administratif et l'ordonnancement juridique, thèse, Montpellier, 1972.
- RIEG (A.) : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, L.G.D.J., 1961.
- RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, 3^{me} éd., 1935.
- RIVERO (J.) : Droit administratif, 3^{me} éd., D., 1965.
- ROUSSET : L'idée de puissance publique en droit administratif, thèse, 1960.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.) : L'autorité de chose décidée, Paris, L.G.D.J., 1969.
- TERRE : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Paris, 1955, Bibl. de droit privé, t. II.
- VEDEL (G.) : Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Paris, S., 1934.
— Droit administratif, Thémis, 4^{me} éd., 1968.
— Cours de droit administratif, 1966-1967, Paris, Les cours du droit.
- VENEZIA (J. C.) : Le pouvoir discrétionnaire, Paris, L.G.D.J., 1958.
- WALINE (M.) : Droit administratif, 9^{me} éd., S., 1963.
- WELTER : Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, thèse, Nancy, S., 1929.

B. — *Articles.*

- BONNARD (R.) : La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Mehl, R.D.P., 1928, p. 668.
— L'origine de l'ordonnement juridique, Mélanges Hauriou, Paris, 1929.
— Les droits publics subjectifs des administrés, R.D.P., 1932, p. 695.
- CHARLIER : La technique de notre droit public est-elle adaptée à sa fin ?, E.D.C.E., 1951, p. 42.
— Les cas de la nullité de la décision de l'administration, Revue Thémis de la Faculté de Droit de Montréal, 1962, p. 101.
- DUGUIT (L.) : L'acte administratif et l'acte juridictionnel, R.D.P., 1906, p. 413.
- EISENMANN (Ch.) : Droit public et droit privé, R.D.P., 1952, p. 903.
— Le droit administratif et le principe de légalité, E.D.C.E., 1957, p. 25.
- GIRAUD : Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire, R.G.A., 1924, p. 193 et p. 298.
- HIEBRAUD : Le rôle respectif de la volonté et des éléments subjectifs dans les actes juridiques, Mélanges Mauri, t. II, 1960, p. 419.
- KORNPROBST (B.) : La compétence liée, R.D.P., 1961, p. 935.
- LAMPUE (P.) : La distinction des contentieux, Mélanges Scelle, t. I, 1950, p. 285.
- LATOURNERIE (R.) : L'humanisme juridique et l'acte de volonté, R.D.P., 1948, p. 137.
— Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 224.
- LETOURNEUR (M.) : L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir, E.D.C.E., 1953, p. 66.
— L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir, E.D.C.E., 1962, p. 51.
- REGLADE (M.) : Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1925, p. 413.
- RODO (L.) : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.D.P., 1953, p. 572.
- MICHOUD : Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A., 1914, t. III, p. 5 et p. 193 ; R.G.A., 1915, t. I, p. 5 et 193.
- NICOLAS : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Mélanges E. Lambert, 1938, II, p. 361.
- RIEG (A.) : Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique, d'après les doctrines allemandes du XIX^me siècle, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 126.
- TERRE : Volonté et qualification, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 99.
- TIMSIT : Compétence liée et principe de légalité, D., 1964, chr., p. 217.
- VEDEL (G.) : Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., 1954, p. 21.
- VILLEY : Essor et décadence du volontarisme juridique, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 87.

II. — BIBLIOGRAPHIE RELATIVE AUX DIFFERENTS CHAPITRES.

PREMIERE PARTIE

Chapitre premier. — *La distinction entre les actes d'exercice d'un pouvoir de vouloir et les actes d'exécution d'une obligation de vouloir.*

A. — *Ouvrages et articles.*

- AUBY (J. M.) : L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois, J.C.P., 1953, I, 1080.
- BARTHELEMY (J.) : De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application, R.D.P., 1907, p. 305.
— L'obligation de faire en droit public, R.D.P., 1912, p. 509.
- CHEVALLIER (J.) : L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur, A.J.D.A., 1972, p. 67.
- DUPUIS (G.) : Les privilèges de l'administration, thèse, Paris, 1962.
- FROSSARD (J.) : La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Paris, L.G.D.J., 1965.
- GROSHENS (J. C.) : A propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration, A.J.D.A., 1966, p. 142.
- HAURIOU (A.) : Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges Carré de Malberg, S., 1933, p. 231.
- LAURENT (P.) : L'indépendance de l'administration et les décisions du Conseil d'Etat, thèse, Aix-en-Provence, éd. Imprimerie universitaire, 1941.
- MERLE (R.) : Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse, Toulouse, 1948.
- MONTANE de La ROQUE : L'inertie des pouvoirs publics, thèse, Toulouse, 1948.
- RIVERO (J.) : Remarques à propos du pouvoir hiérarchique, A.J.D.A., 1966, p. 154.
- TIMSIT (G.) : La notion de fonction administrative, Paris, L.G.D.J., 1963.
- VIGNE (Ch. H.) : Le pouvoir de substitution, R.D.P., 1960, p. 753.
- VINCENT (F.) : Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, Paris, L.G.D.J., 1966.

B. — *Notes et conclusions.*

- AUBY (J. M.) : Note s. C.E., 2 décembre 1960, Dame Franc, D., 1962, J., p. 7.
— Note s. C.E., 13 juillet 1962, Sieur Kevers-Pascalis, D., 1963, p. 606.
— Note s. C.E., Ministre des finances et des affaires économiques c/ veuve Renard, D. S., 1965, J., p. 632.
- BERNARD : concl. s. C.E., 2 décembre 1960, Dame veuve Franc, A.J.D.A., 1961, II, p. 45.
- GALABERT : Note s. C.E., 23 avril 1965, Dame veuve Ducroux, R.D.P., 1965, p. 1188.
- GALABERT et GENTOT : chr., A.J.D.A., 1960, I, p. 183.
- GALMOT : concl. s. C.E., Ass., 27 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires économiques c/ veuve Renard, p. 590.
— Concl. s. C.E., 10 mars 1967, Mutuelle générale des travailleurs des Bouches-du-Rhône, A.J.D.A., 1967, p. 340.
- GENTOT et FOURRE : chr. s. C.E., 3 mai 1963, Ministre des travaux publics et des transports, commune de Saint-Brévin-les-Pins et autres, A.J.D.A., 1963, p. 343.

- LABETOULLE et CABANES : chr. s. C.E., 21 octobre 1970, Dame Simone de Beauvoir et sieur Lérés, A.J.D.A., 1970, p. 609.
- LAGRANGE : concl. s. C.E., 24 juillet 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or, D. P., 1937, III, p. 41.
- LONG : concl. s. C.E., 19 octobre 1956, Dalmasso, p. 374.
- PUYBASSET et PUISSOCHET : chr. s. C.E., 23 avril 1964, Dame veuve Ducroux, A.J.D.A., 1965, p. 332.
- RIVET : concl. s. C.E., 6 juillet 1934, Société Van Outryve, R.D.P., 1934, p. 629.
- WALINE (M.) : Note s. C.E., 24 juillet 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or, D. P., 1937, III, p. 41.
 — Note s. C.E., 3 mai 1963, Ministre des travaux publics et des transports, commune de Saint-Brévin-les-Pins et autres, R.D.P., 1963, p. 1174.
 — Note s. C.E., 18 mars 1970, Rodde, R.D.P., 1971, p. 232.

Chapitre second. — *Les conditions de légalité des actes administratifs.*

A. — *Ouvrages et articles.*

- ALIBERT (R.) : Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Payot, Paris, 1926.
- BONNARD : Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1923, p. 363.
- CHARLIER : La cause de la jurisprudence administrative récente, J.C.P., 1950, I, 871.
- DI QUAL (L.) : La compétence liée, Paris, L.G.D.J., 1964.
- DRAGO (R.) : Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir, E.D.C.E., 1960, p. 27.
- DUBISSON : La distinction de légalité et de l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, Paris, L.G.D.J., 1958.
- DUGUIT (L.) : Le motif impulsif et le but déterminant dans l'acte juridique, Revue de la théorie du droit, 1926-1927, p. 227.
- GAZIER : Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir, E.D.C.E., 1951, p. 77.
- LANDON (P.) : Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954, L.G.D.J., 1968.
- HAURIOU (M.) et BEZIN (G. de) : La déclaration de volonté dans le droit administratif français, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 543.
- JEZE (G.) : L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1911, p. 286.
- LIET-VEAUX : A l'âge du pouvoir discrétionnaire, progrès du contrôle des motifs, R.A., 1966, p. 277.
- SOTO (J. de) : La nullité des actes administratifs, thèse, Paris, 1942.
- WALINE (M.) : Etendue et limite du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, E.D.C.E., 1956, p. 24.
 — Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P., 1930, p. 197.

B. — *Notes et conclusions.*

- BERTRAND : Concl. s. C.E., Sect., 26 janvier 1968, Société « Maison Génestal », p. 62.
- BONNARD (R.) : Note s. C.E., 3 juillet 1931, Ville de Clamart, S., 1931, p. 3.
- BRAIBANT : Concl. s. C.E., 14 juillet 1964, Ministre de la santé publique c/ sieur Lalo, A.J.D.A., 1965, p. 125.

- COLSON (J. P.) : Note s. C.E., 26 janvier 1968, Société « Maison Génestal », J.C.P., 1968, I, 2203.
- EISENMANN (Ch.) : Note s. C.E., 28 mai 1954, Barel, R.P.D.A., 1954, p. 149.
- HAURIU (M.) : Note s. C.E., 4 avril 1914, Gomel, S., 1917, III, p. 25.
— Note s. C.E., 22 janvier 1926, Lefranc, S., 1917, III, p. 302.
- LETOURNEUR : Concl. s. C.E., 28 mai 1954, Barel, R.D.P., 1954, p. 509.
- MASSOTet DEWOST : chr. s. C.E., Sect., 26 janvier 1968, Société « Maison Génestal », A.J.D.A., 1968, p. 122.
- MESTRE : Note s. C.E., 19 mai 1933, Benjamin, S., 1934, p. 1.
- MICHEL : concl. s. C.E., 19 mai 1933, Benjamin, S., 1934, p. 1.
- WALINE (M.) : Note s. C.E., 28 mai 1954, Barel, R.D.P., 1954, p. 509.

DEUXIEME PARTIE

Chapitre premier. — *La cause spécifique de l'annulation des actes exécution d'une obligation de vouloir.*

A. — *Ouvrages et articles.*

- AUBY (J. M.) : Les moyens inopérants dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, A.J.D.A., 1966, p. 5.
- FOURNIER (J.) et BRAIBANT (G.) : Recours pour excès de pouvoir. Encycl. juridique D., 1959, p. 673-739.
- BRAIBANT : Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, E.D.C.E., 1961, p. 53.

B. — *Notes et conclusions.*

- BONNARD (R.) : Note s. C.E., 11 janvier 1935, Gras, et 25 juin 1937, De La Renaudière, R.D.P., 1938, p. 138.
- COMBARNOUS et GALABERT : chr., A.J.D.A., 1960, I, p. 97.
- FONT-REAULX : Note s. C.E., Ass., 16 juin 1932, Ville de Castelnaudary, S., 1934, III, p. 55.
- MOSSET : Concl. s. C.E., 8 mars 1957, Roze, p. 147.
- GULDNER : Concl. s. C.E., 7 juin 1957, Brissaud, A.Jd.A., 1957, II, p. 397.
- JOSSE : Concl. s. C.E., Ass., 16 juin 1932, Ville de Castelnaudary, D., 1932, III, p. 328.
— Concl. s. C.E., 3 juin 1934, Augier, D., 1934, III, p. 31.
p. 275.
- LABETOULLE et CABANES : chr. s. C.E., 17 mars 1971, Durand, A.J.D.A., 1971,

Chapitre second. — *Les causes spécifiques de l'annulation des actes exercice d'un pouvoir de vouloir.*

A. — *Ouvrages et articles.*

- AUBY (J. M.) : La procédure administrative non contentieuse, D., 1956, chr. p. 27.
- BERNARD (M.) : Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires, E.D.C.E., 1957, p. 53.

- DELMAS-MARSALET : Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, E.D.C.E., 1959, p. 153.
- FROMONT : Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative, A.J.D.A., 1966, I, p. 588.
- GUIBAL (M.) : La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie, A.J.D.A., 1972, p. 330.
- GANDOLFI (A.) : De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel (contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire), Mélanges Mestre, 1956, p. 297.
- H. T. C. : De l'arrêt Société « Maison Génestal » à l'arrêt Crédit foncier de France, A.J.D.A., 1971, p. 196.
- HAURIOU (M.) : Police juridique et fond du droit, Revue trimestrielle du droit civil, 1926, p. 265.
- ISAAC (G.) : La procédure administrative non contentieuse, Paris, L.G.D.J., 1968.
- JEZE (G.) : Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit administratif français, R.D.P., 1922, p. 377.
- KORNPBST (B.) : L'erreur manifeste, D., 1965, chr. p. 121.
- LAUBADERE (A. de) : « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, t. II, p. 531.
- LEMASURIER (J.) : La preuve dans le détournement de pouvoir, R.D.P., 1959, p. 36.
- MEGRET : De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire, E.D.C.E., 1953, p. 77.
- SAUVIGNON (E.) : La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir, A.J.D.A., avril 1971, I, p. 200.
- VALLERY-RADOT : Les règles de fond du remembrement rural et la jurisprudence du Conseil d'Etat, A.J.D.A., 1963, p. 601.
- VINCENT (J. Y.) : L'erreur manifeste d'appréciation, R.A., 1970, p. 407.
- WALINE (M.) : L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives », R.D.P., 1971, p. 1224.
- WIENER (C.) : Recherche sur le pouvoir réglementaire des ministres, Paris, L.G.D.J., 1970.

B. — Notes et conclusions.

- BAUDOIN : Concl. s. C.E., 3 mai 1968, Société Beaugard, A.J.D.A., 1968, p. 419.
 — Concl. s. C.E., Sect., 11 juillet 1969, Lévrier, A.J.D.A., 1969, p. 633.
 — Concl. s. C.E., 6 novembre 1970, Sieur Guyé, R.D.P., 1971, p. 524.
- BERTRAND : Concl. s. C.E., Sect., Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader, p. 750.
- BRAIBANT : Concl. s. C.E., 4 octobre 1967, Ministre de l'agriculture c/ sieur Michel, A.J.D.A., 1968, p. 169.
 — Concl. s. C.E., Sect., 13 novembre 1970, Lambert (extraits à la chr. de MM. LABETOULLE et CABANES), A.J.D.A., 1971, p. 34.
 — Concl. s. C.E., Ass., 2 novembre 1973, Société « Librairie François Maspéro », J.C.P., 1974, II, n° 17642.
- DEWOST et DENOIX de SAINT-MARC : Chr. s. C.E., Ministre des armées c/ sieur Bachex, A.J.D.A., 1969, p. 32.
 — Chr. s. C.E., 21 février 1969, Ministre des P.T.T. c/ Kopaki, A.J.D.A., 1969, p. 183.

- DRAGO (R.) : Note s. C.E., Ass., 2 novembre 1973, Société « Librairie François Maspéro », J.C.P., 1974, II, n° 17642.
- FOURRE et PUYBASSET : Note sur l'erreur manifeste, A.J.D.A., 1964, p. 293.
- GALABERT et GENTOT : Chr. s. C.E., Sect., 15 février 1961, Lagrange, A.J.D.A., 1961, p. 200.
 — Chr. s. C.E., 13 juillet 1962, Arnaud, A.J.D.A., 1962, p. 545.
 — Chr., A.J.D.A., 1962, I, p. 552.
- KAHN : Concl. s. C.E., 27 novembre 1967, Chevreau, Droit ouvrier, 1968, p. 113.
 — Concl. s. C.E., Ass., 12 janvier 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ dame Perrot, A.J.D.A., 1968, II, p. 179.
- LABETOULLE et CABANES : chr. s. C.E., Sect., 13 novembre 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971, p. 34.
- QUESTIAUX : Concl. s. C.E., 1er février 1963, Camidesus, A.J.D.A., 1963, p. 429.
 — Concl. s. C.E., Sect., Société distillerie Brabant et Cie, A.J.D.A., 1969, p. 640.
- MASSOT et DEWOST : Chr., A.J.D.A., 1968, p. 102 et 339.
- MESTRE : Note s. C.E., 24 juillet 1942, Piron, S., 1943, III, p. 1.
- RIGAUD : Concl. s. C.E., Sect., 6 décembre 1968, Ministre des armées c/ Bachex, R.D.P., 1969, p. 700.
- RIVET : Concl. s. C.E., 20 juin 1930, Association des bibliothécaires français, S., 1930, III, p. 101.
- SAVY : Note s. C.E., 14 juin 1963, Union départementale des sociétés d'Ille-et-Vilaine, A.J.D.A., 1969, p. 57.
- SEGALAT : Concl. s. C.E., 24 juillet 1942, Piron, S., 1943, III, p. 1.
- TOURNIE : Note s. C.E., 23 mai 1969, Société distillerie Brabant et Cie, A.J.D.A., 1969, p. 640.
- VUGHT : Concl. s. C.E., Ass., Société du lotissement de la plage de Pampelonne, p. 211.
- WALINE (M.) : Note s. C.E., 16 novembre 1928, Foucher, D., 1929, III, p. 33.
 — Note s. C.E., Ass., 20 novembre 1942, Valy, D., chr., 1944, p. 29.
 — Note s. C.E., Sect., 29 janvier 1973, Société Géo, R.D.P., 1974, p. 547.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
§ I. — Le problème de la nature du contrôle exercé par le juge administratif sur les actes admini- stratifs	14
§ II. — La spécificité du problème de la légalité des actes administratifs : la différence fondamentale entre la théorie de l'acte juri- dique en droit public et en droit privé ..	19
§ III.— Critique méthodologique de l'analyse de l'acte administratif	32
§ IV.— L'objet de l'étude : l'analyse de l'acte administratif à partir du rôle de la volonté de son auteur	37
PREMIERE PARTIE	
Classification des actes administratifs en fonction du rôle de la volonté de leur auteur	39
<i>Chapitre premier.</i> — Les fondements d'une classification dualiste des actes administratifs. (La distinction entre les actes exercice d'un pouvoir de vouloir et les actes exécution d'une obligation de vouloir)	45

Section I. — Le rôle de la norme juridique par rapport aux actes administratifs	46
§ I. — La norme juridique organisatrice d'un pou- voir de vouloir	46
§ II. — La norme juridique organisatrice d'une obligation de vouloir	47
Section II. — Le rôle de la volonté source d'une distinc- tion entre les actes administratifs	53
§ I. — Le rôle de la volonté dans les actes exercice d'un pouvoir de vouloir	54
§ II. — Le rôle de la volonté dans les actes exécu- tion d'une obligation de vouloir	63
<i>Chapitre second.</i> — Les conséquences de la classification proposée. (Les conditions de légalité des actes administratifs)	70
Section I. — Les conditions de légalité des actes exécu- tion d'une obligation de vouloir	71
Section II. — Les conditions de légalité des actes exercice d'un pouvoir de vouloir	72
CONCLUSION de la première partie	80

DEUXIÈME PARTIE

L'appréciation de la validité des actes administratifs en fonction du rôle de la volonté de leur auteur	83
<i>Chapitre premier.</i> — La cause spécifique de l'annulation des actes exécution d'une obligation de vouloir	86

Section I. — Exposé de la jurisprudence	87
§ I. — Les irrégularités n'entraînant pas l'annulation	87
§ II. — L'irrégularité entraînant l'annulation	92
Section II. — Le fondement de la jurisprudence	93
§ I. — Les raisons pratiques généralement invoquées	93
§ II. — Les insuffisances des raisons pratiques généralement invoquées	96
§ III. — L'explication proposée : le fondement juridique de l'attitude du juge	99
<i>Chapitre second.</i> — Les causes spécifiques de l'annulation des actes exercice d'un pouvoir de vouloir	107
Section I. — Le défaut d'examen particulier des circonstances de l'affaire	109
§ I. — L'ambiguïté des solutions jurisprudentielles instaurant l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire	110
§ II. — L'évolution jurisprudentielle récente relative à l'obligation d'examiner les circonstances de l'affaire	113
§ III. — Le fondement de l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire	120
Section II. — L'erreur manifeste d'appréciation	129
§ I. — La conception généralement admise de l'erreur manifeste d'appréciation	130
§ II. — Les paradoxes qu'entraînent la conception généralement admise de l'erreur manifeste d'appréciation	132

§ III.— Le dualisme de fonction de l'erreur manifeste d'appréciation	135
Section III. — L'inexistence ou l'illégalité des motifs déterminants	147
§ I. — L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'influence des motifs sur la volonté de l'auteur d'un acte administratif	147
§ II.— La substitution de la volonté du juge à la volonté de l'autorité administrative qu'entraînerait l'évolution de la jurisprudence relative aux motifs déterminants	150
§ III.— Le fondement de l'évolution	152
CONCLUSION de la deuxième partie	156
CONCLUSION GENERALE	159
BIBLIOGRAPHIE	169
TABLE DES MATIERES	179

LIBRAIRIE GENERALE DE
DROIT ET DE JURISPRUDENCE

N° de dépôt légal d'Editeur : 1710

Dépôt légal : troisième trimestre 1976

*Achévé d'imprimer en
août 1976, sur les presses
de ROUVIERE frères
6, rue Glaize, Montpellier*

 72-93-72

